

**МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
ХАРКІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ІМЕНІ В. Н. КАРАЗИНА**

На правах рукопису

МОСКАЛЕНКО ОЛЕНА ОЛЕКСАНДРІВНА

УДК 347.78:33.025.3

**ЛІЦЕНЗІЯ ЯК ФОРМА РОЗПОРЯДЖЕННЯ АВТОРСЬКИМИ
І СУМІЖНИМИ ПРАВАМИ**

Спеціальність 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес;
сімейне право; міжнародне приватне право

Дисертація на здобуття наукового ступеня
кандидата юридичних наук

**Науковий керівник –
Бурлаков Сергій Юрійович,
кандидат юридичних наук, доцент**

Харків – 2016

ЗМІСТ

| | |
|--|-----|
| ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ..... | 3 |
| ВСТУП..... | 4 |
| РОЗДІЛ 1. ОПИС ПРОБЛЕМИ І ПОСТАНОВКА | 14 |
| ЮРИДИЧНОЇ ЗАДАЧІ | 14 |
| Висновки до розділу 1 | 28 |
| РОЗДІЛ 2. ПОНЯТТЯ, ПРАВОВА ПРИРОДА І ЗНАЧЕННЯ ЛІЦЕНЗІЇ В АВТОРСЬКОМУ ПРАВІ І СУМІЖНИХ ПРАВАХ | 30 |
| 2.1. Поняття і правова природа ліцензії на використання об'єктів авторського права і суміжних прав..... | 30 |
| 2.2. Вільна ліцензія як особлива форма розпорядження авторським і суміжними правами | 49 |
| Висновки до розділу 2 | 77 |
| РОЗДІЛ 3. ВИДИ І ЗМІСТ ПРАВОМОЧНОСТЕЙ ПРАВОВОЛОДІЛЬЦЯ, ЩО ВИНИКАЮТЬ У ЗВ'ЯЗКУ З ЛІЦЕНЗУВАННЯМ АВТОРСЬКИХ І СУМІЖНИХ ПРАВ | 80 |
| 3.1. Поняття і види правових форм, що виникають у зв'язку з ліцензуванням авторських і суміжних прав..... | 80 |
| 3.2. Правомочності суб'єкта, що реалізуються поза правовідношення в авторському праві і суміжних правах..... | 99 |
| 3.3. Характеристика зобов'язального правовідношення, що виникає при акцепті ліцензії..... | 119 |
| Висновки до розділу 3 | 133 |
| РОЗДІЛ 4. ОБМЕЖЕННЯ ПРАВОМОЧНОСТІ РОЗПОРЯДЖЕННЯ МАЙНОВИМИ АВТОРСЬКИМИ І СУМІЖНИМИ ПРАВАМИ..... | 136 |
| Висновки до розділу 4 | 164 |
| ВИСНОВКИ..... | 166 |
| СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ..... | 171 |
| Додатки..... | 195 |

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ

Цивільний кодекс України

ЦК України

Закон України «Про авторське право і суміжні права»

Закон про авторське
право

Європейський кодекс авторського права

ЄКАП

ВСТУП

Актуальність теми. Розпорядження майновими правами на об'єкти авторського права і суміжних прав здійснюється переважно у формі договірно-правових відносин, і, таким чином, опосередковано відбувається цивільний обіг зазначених прав. Інтелектуальний капітал як в Україні, так і в усьому світі постійно збільшується, тож механізми правового регулювання цивільно-правових форм розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, безумовно, будуть урізноманітнюватися та ускладнюватися. У сфері мистецтва автор як безпосередній виконавець і творець художнього твору для отримання комерційної вигоди, як правило, передає майнові права на користь користувачів. Разом з тим останнім часом спостерігається тенденція до безоплатної передачі права використання об'єктів авторського права і суміжних прав третім особам для подальшого перероблення, зміни зазначених об'єктів або включення їх як складової частини до інших творчих об'єктів. У цивільному обороті прав на творчі об'єкти можна виявити ще одну сталу тенденцію, яка полягає в широкому застосуванні різних видів ліцензій, у тому числі тих, що вітчизняним законодавством не передбачені.

Однією з найактуальніших проблем на сучасному етапі розвитку економічних відносин є проблема балансу інтересів праволодильців і користувачів. Видається, що нагальною потребою стає переосмислення не лише системи правового регулювання прав на результати інтелектуальної, творчої діяльності, а й завдань такого регулювання.

Найбільш поширеною цивільно-правовою формою розпорядження майновими авторськими і суміжними правами залишається ліцензія, тож її дослідження як важливої складової зазначеної системи зумовлено необхідністю такої побудови останньої, щоб розвиток правового регулювання творчої сфери відбувався з урахуванням вітчизняної специфіки, в якій ця система буде не лише ефективною, а й справедливою, навіть якщо ці цілі будуть реалізовані з істотними відмінностями від правових систем інших країн.

Бурхливий розвиток Інтернету, повсюдне проникнення його в усі соціальні сфери не могли не вплинути на правове регулювання суспільних відносин, які традиційно належать до предмета авторського права і суміжних прав.

Слід зауважити, що однією з найбільш значних подій у цій галузі за кордоном стала поява особливого виду ліцензій – вільні ліцензії. Вільне ліцензування дозволяє без порушення авторських прав і суміжних прав створювати похідні твори, сприяє розвитку творчості, а розробникам комп'ютерних програм дозволяє використовувати вільне програмне забезпечення у складі своїх рішень, завдяки чому знижуються витрати на створення, використання і підтримку таких програм. Ліцензія надає широкі можливості для розвитку науково-дослідної діяльності, оскільки сприяє створенню правової основи для вільного поширення наукових знань, виступає новим правовим інструментом комерціалізації інтелектуальної власності, особливо у сфері аматорської творчості. На жаль, законодавство України не містить такого інституту, але його і не забороняє.

Актуальність теми дослідження зумовлена активізацією законотворчості у сфері авторського права, яка пішла шляхом посилення правової охорони, розширення диспозитивності, про що свідчать спроби включення інституту вільних ліцензій на об'єкти авторського права в законодавство України.

Особливості правового регулювання відносин з розпорядження майновими авторськими і суміжними правами у формі ліцензії становили предмет наукових досліджень спеціалістів у різні історичні періоди.

У дореволюційній, а потім й радянській цивілістиці проблема ліцензування розглядалась у межах ліцензійного договору, а за сучасних умов вона продовжує залишатися для вітчизняної юриспруденції новою, малодослідженою. Існує всього декілька опублікованих статей з даної теми, авторами яких є О. С. Войніканіс, О. І. Савельєв, С. О. Середа, В. О. Слищенков і О. Є. Левін. Окремі питання ліцензування авторських і суміжних прав у формі вільних ліцензій були частково досліджені в монографії О. В. Жилінкової («Договірне регулювання відносин щодо інтелектуальної власності в Україні та за кордоном», 2015) та дисертаційних дослідженнях зарубіжних правознавців: І. О. Соболя

(«Свободные лицензии в авторском праве России», 2014), Є. Ю. Смірної («Открытая лицензия как форма распоряжения исключительным правом на программу для ЭВМ с открытым исходным кодом», 2015). Окремі питання використання об'єктів авторського права і суміжних прав на підставі ліцензії були предметом наукового розгляду у роботах В. І. Крижної, О. В. Жилінкової, В. С. Дмитришина. Теоретичною основою дисертації є положення класичних праць учених-юристів дореволюційного періоду: Д. І. Мейера, А. А. Піленко, К. П. Победоносцева, І. О. Покровського, Г. Ф. Шершеневича; радянських правознавців: М. В. Гордона, О. С. Іюффе, В. І. Корецького, В. І. Серебровського й інших; сучасних вітчизняних науковців: В. І. Жукова, О. В. Кохановської, О. А. Підпригори, О. О. Підпригори, Р. Б. Шишки, В. І. Борисової, В. С. Дроб'язко, Р. В. Дроб'язко, Ю. М. Капіци, О. І. Харитонової, О. П. Орлюк, О. О. Штефан, А. С. Штефан, О. Д. Святоцького, І. Є. Якубівського та інших; праць зарубіжних філософів і юристів, у тому числі Г. В. Ф. Гегеля, І. Канта, І. Г. Фіхте, Д. Белла, Л. Бентлі, Х. Буйона, Є. Годеме, Р. Дюма, М. Лемлі, Л. Лессіга, Д. Ліпцік, П. Менелла, Р. Мерджеса, М. Новака, Л. Оуена, Р. Саватьє, Д. Хьюза, Б. Шермана, В. А. Дозорцева, В. О. Калятіна, І. А. Блізнеця, Е. П. Гаврилова, О. П. Сергеева та ін.

У зв'язку з тим, що в Україні проблема застосування ліцензії як форми розпорядження авторськими і суміжними правами є актуальною, але недостатньо вивченою, виникає необхідність проведення цього дисертаційного дослідження.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Дисертаційне дослідження виконано відповідно до комплексної цільової програми № 0186.0.07.867 «Правові проблеми здійснення майнових і особистих немайнових прав в умовах ринкової економіки», головних напрямів фундаментальних досліджень юридичного факультету Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна (рішення вченої ради юридичного факультету Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна «Про Концепцію розвитку юридичного факультету на 2010–2013 навчальні роки» від 27 грудня 2010 р., протокол № 6), згідно з процедурою імплементації законодавства України

та Європейського Союзу відповідно до Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом від 16 вересня 2014 р., відповідно до Пріоритетних напрямів розвитку правової науки на 2011–2015 роки, затверджених постановою загальних зборів Національної академії правових наук України від 24 вересня 2010 р. № 14–10 (зі змінами, внесеними постановою загальних зборів № 4–12 від 5 березня 2012 р.).

Мета і задачі дослідження. Метою дисертаційної роботи є розробка теоретичної моделі розпорядження майновими авторськими і суміжними правами у формі ліцензії та обґрунтування пропозицій з удосконалення правового регулювання відносин з використання об'єктів авторського права і суміжних прав, яке ґрунтується на дозволі у формі ліцензії, що надано правоволодільцем. Мета дослідження конкретизується в його задачах:

- дослідити правову природу ліцензії як цивільно-правової форми розпорядження майновими авторськими і суміжними правами, сформулювати визначення;
- з'ясувати й охарактеризувати видові особливості ліцензій, які впливають на конструкцію інституту використання об'єктів авторського права і суміжних прав;
- визначити та систематизувати способи ідентифікації сторін ліцензійного правовідношення з використання об'єктів авторського права і суміжних прав;
- розкрити сутність та особливості предмета ліцензії;
- окреслити особливості динаміки видачі ліцензії на право використання об'єктів авторського права і суміжних прав;
- встановити причини неможливості обмеження особистих немайнових прав автора оригінального твору або суб'єкта суміжних прав у зв'язку з необхідністю створення на його основі нових (похідних) об'єктів та надати пропозиції з удосконалення цивільного законодавства;
- з'ясувати сутність та механізм поширення умов первісної ліцензії на наступних користувачів;
- виявити види обмежень дій суб'єктів авторського права і суміжних прав, що виникають у зв'язку з ліцензуванням;

– визначити характер правовідносин, що виникають при акцепті ліцензії.

Об'єктом дослідження виступають урегульовані нормами цивільного права суспільні відносини, що складаються в процесі використання об'єктів авторського права та суміжних прав на підставі ліцензії-дозволу.

Предметом дослідження є ліцензія як форма розпорядження авторськими і суміжними правами.

Методи дослідження. Для досягнення мети й виконання задач дисертаційного дослідження застосовувались як загальнонаукові, так і спеціальні методи пізнання, серед яких: матеріалістичний, історичний, порівняльно-правовий, логічний, системний методи дослідження, аналіз та синтез, індукції та дедукції, а також інші.

Історико-економічний метод використано для визначення впливу економічних відносин на цивільний оборот авторських і суміжних прав на етапах його виникнення і реалізації. Аналіз і синтез – у дослідженні правової природи ліцензії як однієї з цивільно-правових форм розпорядження майновими авторськими і суміжними правами шляхом виокремлення юридичних властивостей права інтелектуальної власності та дослідження у сукупності з диспозитивністю договірних відносин. За допомогою діалектичного методу було розглянуто механізм поширення умов первісної ліцензії на наступних користувачів при створенні похідних об'єктів. Формально-логічний метод дозволив виявити суперечності у нормативно-правових актах, що регулюють діяльність суб'єктів цивільного, адміністративного права при укладенні і виконанні ліцензій, а формально-юридичний – розтлумачити існуючі правові норми та сформулювати нові визначення, ознаки понять.

Методом історичного аналізу досліджено історичний розвиток інституту ліцензії у його взаємозв'язку з іншими цивільно-правовими інститутами та на його основі обґрунтовано необхідність подальшого наукового дослідження даної теми.

Порівняльно-правовий метод був застосований для співставлення норм національного і зарубіжного права (Німеччини, Франції, Данії, Естонії, Великої

Британії, Канади, Китаю тощо), зокрема, для дослідження істотних умов ліцензії та ліцензійних договорів про надання права використання об'єктів авторського права і суміжних прав.

Наукова новизна одержаних результатів полягає в тому, що автором запропонована концепція ліцензування в авторському праві та суміжних правах, визначено поняття «вільна ліцензія», розкрито її правова природа, а також зміст правових форм поведінкових можливостей суб'єктів, обґрунтовані пропозиції щодо вдосконалення цивільного законодавства. У результаті проведеного дисертаційного дослідження сформульовані і виносяться на захист такі положення:

уперше:

– запропоновано ввести інститут вільних ліцензій у законодавство України, що регулює авторське право і суміжні права. Вільна ліцензія як юридичний факт є публічною офертою, вчиненням якої обтяжується виключне право на твір або об'єкт суміжних прав. Властивості безвідкличності оферти і пов'язаність оферента мінімізують можливості зловживання з боку суб'єкта легальної монополії на об'єкт права інтелектуальної власності, а потенційний користувач абсолютно вільно приймає або не приймає на себе ліцензійні зобов'язання вичерпно визначені умовами вільної ліцензії;

– сформульовано авторське визначення вільної ліцензії як свідомо-вольового акту володільця майнового авторського або суміжних прав (ліцензіара) з формулювання і доведення до загального відома пропозиції (публічна оферта) про встановлення обтяження належного йому права використання об'єкта авторського права і суміжних прав у межах і на умовах, що визначаються на його розсуд, на основі принципу безвідкличності і незалежно від додаткової згоди ліцензіара або інших осіб шляхом надання невизначеному колу осіб права акцепту пропозиції;

– обґрунтовано положення про те, що за правовою природою вільна ліцензія є публічною офертою (пропозицією) про обтяження виключного права. Право на вільне ліцензування виступає особливою формою, що породжує стан пов'язаності

для самого правоволодільця і впливає на правову сферу пасивної сторони рефлексивно;

удосконалено:

– положення, відповідно до якого зміст договірних правовідносин, що виникають у зв'язку з акцептом вільної ліцензії, становить лише зобов'язання з надання права використання твору певними способами, на визначеній території і на певний строк, що дозволяє охарактеризувати договір, що укладається за допомогою акцепту вільної ліцензії, як односторонньо зобов'язуючий;

– визначення ліцензії, під якою слід розуміти свідомо-вольовий акт володільця майнового авторського або суміжних прав (ліцензіара) з доведення до потенційного користувача (ліцензіата) пропозиції про встановлення обтяження належного йому права використання об'єкта авторського права і суміжних прав у межах і на умовах, що визначаються на його розсуд, з наданням права ліцензіату права акцепту пропозиції;

дістали подальшого розвитку:

– положення про абсолютну природу виключного права, що дозволяє характеризувати його як послаблене абсолютне право, межі якого залежать не лише від обмежень, встановлених позитивним правом (режим суспільного надбання, випадки справедливого вільного використання тощо), але і від обтяжень, встановлених свідомо-вольовими поведінковими актами суб'єктів авторського права і суміжних прав;

– положення про те, що використання права на вільне ліцензування утворює юридичний факт, що породжує обтяження уповноваженого суб'єкта (ліцензіара) станом пов'язаності і виникнення секундарного права на акцепт для особи, що заздалегідь не визначена. Доводиться, що виникає не правовідношення, а особлива правова форма, що характеризується спрямованим впливом на правове становище ліцензіара (і в цьому зв'язку виступає проявом правоздатності) і рефлексивним впливом на сферу правових можливостей потенційного ліцензіата (і в цьому зв'язку виступає різновидом рефлексивних правових ефектів);

– положення про те, що суб'єктами правомочності розпорядження правом використання є правоволоділець, а також особа, яка отримала право використання твору або об'єкта суміжних прав за договором (ліцензіат), при поєднанні двох умов: а) наявності письмової згоди ліцензіара; б) надання ліцензіату за договором права використання відповідного об'єкта способами, достатніми для вільного ліцензування. Віднесення ліцензіатів до суб'єктів права на вільне ліцензування створює ризик безповоротної втрати можливості забороняти використання такого об'єкта відповідно до умов вільної ліцензії, що входить до складу виключного (майнового) права, завдяки принципу безвідкличності останньої. Запропоновано встановити законодавчу заборону на вільне субліцензування;

– науковий підхід щодо того, що дії оферента-ліцензіара, спрямовані на виникнення стану пов'язаності з потенційним акцептантом-користувачем, переводять у категорію правонездатності будь-яких вимог про усунення третіх осіб від впливу на об'єкт авторського права і суміжних прав, що належить оференту-ліцензіару, безумовно і безповоротно роблячи їх юридично необов'язковими (забороненими);

– теза про можливість існування моделі інституту вільної ліцензії, яка дозволяє межі виключного права ставити у залежність не лише від обмежень, встановлених позитивним правом (режим суспільного надбання, випадки справедливого вільного використання тощо), а й від обтяжень, встановлених свідомо-вольовими поведінковими актами суб'єктів;

– положення про те, що типові вільні ліцензії Creative Commons, загальна публічна ліцензія GNU, публічна ліцензія Євросіт через правомочність створювати похідні твори охоплюються правомочностями переробки, що входять на підставі ст.15 Закону України «Про авторське право і суміжні права» до складу виключного (майнового) права на твір або комп'ютерну програму, і не є обмеженням особистого немайнового права автора на недоторканність твору.

Практичне значення одержаних результатів полягає в тому, що основні положення, висновки і пропозиції можуть бути використані:

– у науково-дослідній сфері – як підґрунтя для подальшого вдосконалення наукових положень про цивільно-правові форми розпорядження майновими правами інтелектуальної власності;

– у сфері правотворчості – для вдосконалення деяких норм цивільного законодавства України у сфері авторського права, розробки чи поліпшення документів правового характеру (складення авторських договорів, типової форми ліцензій на використання об'єктів авторського права і суміжних прав, методики проведення судових експертиз об'єктів права інтелектуальної власності тощо);

– у навчально-методичній роботі – при підготовці навчальних посібників та науково-методичних рекомендацій з цивільного права, права інтелектуальної власності, у навчальному процесі при викладанні курсів «Цивільне право. Загальна частина», «Право інтелектуальної власності» тощо у навчальних закладах України.

Апробація результатів дисертації. Основні положення й висновки дисертаційної роботи обговорювалися на засіданні кафедри цивільно-правових дисциплін юридичного факультету Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. Отримані наукові здобутки оприлюднені у доповідях на міжнародних науково-практичних конференціях: «Перспективні напрями розвитку сучасної юридичної науки» (м. Кривий Ріг, 30–31 січня 2015 р.), «Нові завдання та напрями розвитку юридичної науки у XXI столітті» (м. Одеса, 6–7 лютого 2015 р.), «Держава і право: проблеми становлення і стратегія розвитку» (м. Ужгород, 25–26 грудня 2015 р.).

Публікації. Основні теоретичні та практичні висновки, положення та пропозиції викладено у п'яти наукових публікаціях, з яких чотири – у виданнях, що включені до переліку фахових наукових видань України, одна – у зарубіжному науковому виданні, а також у тезах трьох наукових доповідей на науково-практичних конференціях.

Структура та обсяг дисертації зумовлені метою та завданнями роботи. Зміст дисертації складається із вступу, чотирьох розділів, що містять п'ять підрозділів, висновків, списку використаних джерел, додатків. Загальний обсяг становить

196 сторінок, з яких 170 – виклад основного матеріалу, 24 – список використаних джерел (225 найменувань), додатки на 2 арк.

РОЗДІЛ 1. ОПИС ПРОБЛЕМИ І ПОСТАНОВКА ЮРИДИЧНОЇ ЗАДАЧІ

Активне запровадження сучасних засобів комунікації, зокрема Інтернету, в усіх соціальних сферах не могло не вплинути на правове регулювання суспільних відносин, які традиційно відносяться до предмета регулювання авторського права і суміжних прав. Слід констатувати, що у західних країнах найпоширеною формою надання права використання творів та об'єктів суміжних прав є ліцензія. На думку А. І. Савельєва однією з найбільш значних подій у цій галузі є поява особливого виду ліцензій, зазвичай іменованих вільними ліцензіями, угод, що містять мінімальну кількість обмежень (вільні ліцензії) [4, с.76]. Іноземні правопорядки пішли шляхом мінімального нормативного регулювання ліцензійних відносин, спрощення механізму їх видачі. На жаль, в Україні ліцензії досі залишаються найменш застосованими, оскільки, як правило, вони не є самостійним дозволом, а лише документом, що видається на виконання ліцензійного договору.

У зарубіжній діловій практиці з'явився новий вид ліцензій: вільні або відкриті ліцензії. Вказаний вид ліцензії не застосовується у вітчизняному правопорядку. При цьому варто відмітити, що світовий досвід застосування інституту вільних ліцензій дозволяє без порушення авторських і суміжних прав створювати похідні твори, сприяє розвитку аматорської творчості, а розробникам комп'ютерних програм дозволяє використовувати вільне програмне забезпечення (програми з відкритим вихідним кодом) у складі своїх творчих рішень, внаслідок чого знижуються витрати на створення, використання і підтримку таких програм. Об'єкти суміжних прав завдяки зазначеним ліцензіям розширюють аудиторію споживачів. Введення інституту вільних ліцензій надає широкі можливості для розвитку науково-дослідницької діяльності, оскільки здатне створити правову основу для вільного поширення наукового знання, наприклад, модель «Вікіпедія. Вільна енциклопедія» [5]. Цей

інститут виступає новим правовим інструментом комерціалізації результатів інтелектуальної, творчої діяльності, особливо у сфері аматорської творчості.

Зміни у правовому регулюванні вільних ліцензій за кордоном безпосередньо впливають на формування нових підходів до інституту ліцензії у цілому.

Аналізуючи останні дослідження і публікації з даної теми та виділяючи не вирішені раніше частини загальної проблеми, слід відзначити, що у цивілістиці дореволюційного і радянського періодів проблема ліцензування, зокрема, вільного ліцензування використання творів самостійно не вивчалася. У даний час ця проблема продовжує залишатися для вітчизняної юриспруденції новою, малодослідженою. Існує всього декілька опублікованих статей на цю тему, авторами яких є О. С. Войніканіс [7], О. І. Савельєв [8], С. О. Серєда [9], В. О. Слищенков [10] і О. Є. Левін [11]. Серед офіційної позиції органів виконавчої влади слід виділити Рекомендації щодо застосування вільних публічних ліцензій на використання об'єктів авторського права і суміжних прав, розміщені на веб-сайті Державної служби інтелектуальної власності України [75], а також Рекомендації щодо он-лайн ліцензування, розміщені на веб-сайті Державної служби інтелектуальної власності України [76].

Крім того, питання використання вільних ліцензій були частково порушені у дисертації М. Ф. Радайкина [11]. Деякі питання вільного використання об'єктів авторського права, в тому числі в Інтернеті, були предметом наукового розгляду, наприклад, в монографії С. А. Бабкіна [12], дисертації Б. Є. Семенюти [13], а також в ряді наукових статей, але вони майже не торкалися проблем ліцензування в авторському праві та суміжних правах. Таким чином, слід констатувати низький ступінь наукової розробленості піднятої теми.

Якщо замислитись над питанням – чи може вітчизняний автор твору або правоволоділець об'єкта суміжних прав надавати їх для використання на умовах вільних ліцензій необмеженому колу осіб (аналогічних Creative Commons, GNU FDL), то, найвірогідніше, дійдемо висновку, що ні, не може. На підтвердження цього розмірковуємо таким чином. Відповідаючи на аналогічне запитання щодо

інших видів ліцензій, слід констатувати, що підходи, які застосовує зарубіжне законодавство і судова практика щодо вільних ліцензій, безпосередньо впливають і на інші види ліцензій. Тому процеси, які відбуваються у сфері ліцензування, нагадують дифузію, оскільки відбувається взаємне проникнення положень одних ліцензій до інших. У зв'язку з міжнародним обігом прав на результати інтелектуальної, творчої діяльності і розвитком соціальних мереж поступово відбувається уніфікація правових механізмів регулювання ліцензійних відносин: міжнародна договірна і законодавча практика проникає у національні закони. Тому, як буде показано нижче, дослідження інституту вільних ліцензій дозволить сформулювати нові положення, які впливають безпосередньо на загальний інститут ліцензії в авторському праві і суміжних правах.

Одним із принципів функціонування вільних ліцензій є принцип диспозитивності. Разом з тим вільне ліцензування крім диспозитивності спирається на принципи, які так чи інакше пов'язані з обмеженням договірної диспозитивності для інституту вільних ліцензій. До таких обмежень можна віднести принцип невід'ємності (невідчужуваності) особистих немайнових прав автора, який закріплено у ч.3 ст.269 ЦК України. Так, особисті немайнові права тісно пов'язані з фізичною особою. Фізична особа не може відмовитися від особистих немайнових прав, а також не може бути позбавлена цих прав (ч.3 ст.269 ЦК України). Особистими немайновими правами фізична особа володіє довічно (ч.4 ст.269 ЦК України). Щодо прав інтелектуальної власності ч. 4 ст.423 ЦК України містить формулу: особисті немайнові права інтелектуальної власності не можуть відчужуватися (передаватися), за винятками, встановленими законом. Слід зауважити, що таких випадків українське законодавство не містить. Більш того, ч.3 ст.269 ЦК України [6] прямо забороняє передачу або відмову від особистого немайнового права, у тому числі особистого немайнового права автора. Така нормативна позиція в умовах сучасного електронного розвитку вже не відповідає потребам суспільства.

Першою проблемою є колізія вільних ліцензій та особистих немайнових прав автора або виконавця. Поширеною думкою, яка ґрунтується на позитивному українському законодавстві про авторське право, є те, що неможливо обмежити особисті немайнові права автора у зв'язку з необхідністю створення третіми особами нового об'єкта на основі використання його об'єкта.

Методологічно поставимо під сумнів цю тезу. Як відомо, зміст особистих немайнових прав автора відповідно до ст.14 Закону України «Про авторське право і суміжні права», ст.423, 438 ЦК України становлять право:

- 1) на визнання людини автором твору (право авторства);
- 2) вимагати зазначення свого імені у зв'язку з використанням твору, якщо це практично можливо;
- 3) забороняти зазначення свого імені у зв'язку з використанням твору;
- 4) обирати псевдонім у зв'язку з використанням твору;
- 5) на недоторканність твору.

Видається, що гіпотетичною мішенню правопорушників при введення інституту вільних ліцензій у законодавство України може стати авторське особисте немайнове право на недоторканність твору, яке охороняє недоторканність форми вираження твору (ч. 3 ст. 8 Закону України «Про авторське право і суміжні права»).

Слід відзначити, що відповідно до ч. 1 ст. 271 ЦК України зміст особистого немайнового права становить можливість фізичної особи вільно, на власний розсуд визначати свою поведінку у сфері свого приватного життя. При цьому фізична особа здійснює особисті немайнові права самостійно (ч. 1 ст. 272 ЦК України). Проте ст. 274 ЦК України передбачає можливість обмеження особистого немайнового права, але не відмови від нього. Так, відповідно до ст.274 ЦК України обмеження особистих немайнових прав фізичної особи, встановлених Конституцією України, можливе лише у випадках, передбачених нею. Обмеження особистих немайнових прав фізичної особи, встановлених цим Кодексом та іншим законом, можливе лише у випадках, передбачених ними.

Якщо відстежити історичний розвиток цього авторського права, то можна дійти висновку, що воно еволюціонувало з права автора на недоторканність твору до права автора на захист репутації автора, яке підлягає захисту лише у випадку такого спотворення твору, яке завдає шкоди честі і гідності автора (ст. 14 Закону України «Про авторське право та суміжні права», ст. 438, 439 ЦК України). У цьому ми солідарні з думкою А. В. Дроздова, який зазначає, що така трансформація цього особистого немайнового права вводить більш суворі правила [15, с.57]. Разом з тим п. 1 ст. 6 bis Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів 1886 р. [16] закріплює правило, що незалежно від майнових прав автора і навіть після уступки цих прав він має право вимагати визнання свого авторства на твір і протидіяти всякому перекрученню, спотворенню чи іншій зміні цього твору, а також будь-якому іншому посяганню на твір, здатному завдати шкоди честі чи репутації автора. Таким чином, підхід, який впроваджений у вітчизняне законодавство, різниться з нормами міжнародної конвенції, яка захищає будь-яку зміну форми вираження твору.

Відповідно до ст. 438, 439 ЦК України, ст. 14 Закону України «Про авторське право та суміжні права» право на недоторканність твору припускає заборону на внесення без згоди автора в його твір змін, скорочень і доповнень, ілюстрацій твору, передмовою, післямовою, коментарями чи якими б то не було поясненнями. У цій ситуації є два ключових моменти:

- 1) забороняється змінювати твір самого автора;
- 2) забороняється змінювати твір без згоди автора.

Вважаємо важливим підкреслити, що зарубіжні моделі вільних ліцензій надають можливість використовувати твір для створення на його основі нових (похідних) творів, які будуть вже творами інших авторів. Тому мова в даному разі йде не про спотворення твору, а про переробку останнього, під якою розуміється створення похідного твору (обробки, екранізації, аранжування, інсценування тощо), а також модифікація комп'ютерної програми (ст. 15, 18, 20 Закону України «Про авторське право і суміжні права», ст. 440, 441 ЦК

України). У типових мовах відкритих ліцензій закладено саме цей підхід. Так, наприклад, у п. 2 ліцензії GNU GPL зазначено, що ліцензіат має право модифікувати свій примірник Програми повністю або будь-яку її частину. Дані дії ліцензіата тягнуть за собою створення твору, похідного від Програми. Ліцензіат має право виготовляти і поширювати екземпляри такого твору, похідного від Програми [17].

На думку С. А. Сударікова, похідний твір – це твір, який створено в результаті переробки іншого твору, правова охорона якому надається за умови дотримання таких умов:

- (1) перероблений твір є результатом творчої праці переробника;
- (2) вихідний твір перероблявся правомірно;
- (3) авторське право на похідний твір існує незалежно від того, чи є твір, що перероблявся, охоронюваним чи ні [18, с.128].

Такої точки зору дотримується, наприклад, В. О. Калятін [14].

Враховуючи, що похідний твір законодавством визнається самостійним об'єктом авторського права (ст. 8, 20 Закону України «Про авторське право і суміжні права»), деякі дослідники стурбовано вказують на невизначеність такого явища. Так, С. О. Середа пише, що законодавство вважає похідний твір (переклад, постановку, відгалуження (fork) від програмного продукту) самостійним об'єктом авторського права, а автора такого похідного твору – повноцінним правоволодільцем нового твору в цілому, незалежно від охорони прав авторів творів, на яких заснований похідний твір [19]. Слід застерегти, що перекладач похідного твору здійснює свої авторські права за умови дотримання прав авторів творів, що були використані для створення похідного твору. У такому підході вітчизняне законодавство істотно відрізняється, наприклад, від законодавства США, яке визнає за новим автором права не цілком на весь похідний твір, а лише на ту його частину, яка містить особистий внесок автора. Разом з тим вважаємо, що такий підхід здатен ще більш заплутати правокористувачів.

Оскільки правомочність переробки твору входить у зміст виключного права і є правом майновим, запровадження інституту вільних ліцензій не становить жодної загрози для недоторканності особистих немайнових прав автора, у тому числі права на недоторканність твору, якщо мова йде про похідні твори, а не про спотворення вихідних творів самого автора під ім'ям останнього. У зв'язку з цим слід погодитися з думкою А. В. Дроздова, який наголошував, що право на недоторканність твору стосується таких змін твору, які не пов'язані зі створенням нового твору на основі існуючого. Відповідні зміни допускаються за згодою автора (чи іншої особи у випадку, передбаченому абз. 2 ч. 1 ст. 20 Закону України «Про авторське право і суміжні права»), яка має бути остаточно виражена. У той же час переробка твору передбачає створення нового (похідного) твору на основі вже існуючого. При цьому право на переробку твору як один із способів використання результату інтелектуальної діяльності може бути передано у числі інших правомочностей [15, с.58]. Схожої точки зору дотримується К. Зайцева, яка відзначає, що ліцензії Creative Commons дають правоволодільцю можливість диктувати умови, на яких інші особи можуть використовувати його власність, не порушуючи при цьому його прав. Вони не дають можливість обмежувати ті права, які вже дозволені або заборонені законом про авторське право [20].

Однією з моделей правового регулювання ліцензійних відносин, що виникають на підставі відкритої ліцензії, є модель публічної оферти, яка характеризується як безвідкличний дозвіл і пов'язує правоволодільця своїми умовами, як це передбачено ст. 641 ЦК України. Із зазначеного принципу випливає аргумент проти обмеження відкритими ліцензіями іншого особистого немайнового права автора – права на відкликання (ст. 17 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Право на відкликання – це особисте немайнове право автора відмовитися від раніше прийнятого рішення оприлюднити свій твір за умови відшкодування особі, якій відступлене

виключне право на твір або надано право використання твору, завданих таким рішенням збитків.

Як виняток із сфери дії права на відкриття варто виділити комп'ютерні програми, службові твори, складні (синтетичні) твори, наприклад, аудіовізуальні твори (ст. 17 Закону України «Про авторське право і суміжні права»), мультимедійні твори тощо. Таким чином, на переважну більшість творів та комп'ютерних програм, використання яких можливо за умовами відкритих ліцензій, поширюється зазначене обмеження.

Що стосується інших випадків, то вважаємо, що подолання можливої колізії між правом на відкриття та інтересами правоволоділців і користувачів зможе стати принцип безвідкличної публічної оферти, якою на нашу думку, є відкрита ліцензія. Одним із способів вирішення зазначеної проблеми є доповнення ст.439 ЦК України частиною 3 такого змісту: «Автор може дати згоду на внесення в майбутньому змін, скорочень і доповнень у свій твір, а також на супровід його при використанні ілюстраціями і поясненнями, якщо це викликано необхідністю (виправлення помилок, уточнення чи доповнення фактичних відомостей тощо), за умови, що цим не спотворюється задум автора і не порушується цілісність сприйняття твору».

З огляду на зазначене слід звернути увагу на проблему конфлікту вільних ліцензій та інтересів третіх осіб. Виникає справедливе запитання: чи допустима видача відкритих ліцензій за умови укладення ліцензійних договорів про використання тих самих творів на таких самих умовах. Гіпотетично припустимо, що правоволоділець не має права здійснювати такі дії за наявності чинних відплатних ліцензійних договорів, за якими надається право використовувати результат інтелектуальної діяльності в установлених зазначеними договорами межах.

Таке обмеження поширюється лише на випадок надання відкритої ліцензії та лише за наявності відплатних ліцензійних договорів. Іншими словами, для розміщення оферти з умовою про оплатне використання твору наявність

укладених ліцензійних договорів не буде перешкодою. З цього положення виникають запитання:

- 1) чи є доцільним таке обмеження свободи розсуду правоволодільца?
- 2) чи спрямовано це обмеження на захист прав ліцензіатів?

На наш погляд, слід негативно відповісти на обидва ці питання.

З одного боку, ліцензіар позбавляється можливості отримувати дохід від використання твору, хоча мав право розраховувати на надання ліцензій іншим особам, за умови, що до цього укладав договори простої ліцензії. Іншу ситуацію не має сенсу розглядати, оскільки для договорів виключної ліцензії це питання в принципі неактуальне. Це, без сумніву, абсолютно необґрунтовано обмежує свободу економічної діяльності. З іншого боку, якщо правовласник приймає рішення про вільне ліцензування використання свого твору, то як це може зашкодити інтересам ліцензіатів з оплатним договорами невиключної ліцензії, укладеними до моменту прийняття такого рішення? Ліцензіат, який на оплатній основі використовує твір, вже продемонстрував свій інтерес до нього. Однак у разі, якщо правоволоділець приймає рішення про надання права використання твору на більш пільгових умовах, у тому числі за відкритою ліцензією, і поширює для необмеженого кола осіб відповідний договір приєднання або оферту в іншій формі, чи не буде такий ліцензіат більше за інших заінтересований у таких пільгах?

Крім того, пропонуємо порівняти це формулювання з нормою ч. 3 ст. 1108 ЦК України: ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності може бути виключною, одиничною, невиключною, а також іншого виду, що не суперечить закону. Виключна ліцензія видається лише одному ліцензіату і виключає можливість використання ліцензіаром об'єкта права інтелектуальної власності у сфері, що обмежена цією ліцензією, та видачі ним іншим особам ліцензій на використання цього об'єкта у зазначеній сфері. Одинична ліцензія видається лише одному ліцензіату і виключає можливість видачі ліцензіаром іншим особам ліцензій на використання об'єкта права інтелектуальної власності

у сфері, що обмежена цією ліцензією, але не виключає можливості використання ліцензіаром цього об'єкта у зазначеній сфері. Невиключна ліцензія не виключає можливості використання ліцензіаром об'єкта права інтелектуальної власності у сфері, що обмежена цією ліцензією, та видачі ним іншим особам ліцензій на використання цього об'єкта у зазначеній сфері. Вище ми обґрунтовували тезу про те, що вільне ліцензування без шкоди для інтересів правоволодільця може бути застосовано лише до невиключної ліцензії. Розгляньте ж нормативне обмеження наділяє будь-який ліцензійний договір або ліцензію, що укладені або видані до розміщення вільної ліцензії, виключною природою. Це, на наш погляд, серйозний методологічний казус (юридико-технічна вада).

Розглянемо іншу формулу: у разі, якщо правоволоділець здійснює зазначені дії за наявності чинного ліцензійного договору, за яким надається відплатна невиключна ліцензія на використання твору або об'єкта суміжних прав у тих же межах, то дія такого договору припиняється. Правоволоділець, який зробив відповідну заяву за наявності чинного ліцензійного договору, має відшкодувати збитки, завдані ліцензіату. Видається, що таке вирішення питання може бути не в інтересах користувача, який заінтересований у продовженні використання. Крім того, згадка про можливість вимагати відшкодування збитків, на нашу думку, також є зайвим, оскільки це загальний спосіб захисту цивільних прав, передбачених ст.16 ЦК України, його застосування не може бути поставлено у залежність від спеціальної згадки про це в законі, а лише від наявності у діях суб'єкта складу заподіяння шкоди.

Узагальнюючи, пропонуємо замість обмеження прав правоволодільця надати право ліцензіату за договором вимагати в односторонньому порядку приведення укладеного між ним та ліцензіаром відплатного ліцензійного договору у відповідність з умовами публічної ліцензії. Таке право буде захищати інтереси ліцензіатів не лише у разі надання відкритих ліцензій на використання твору, а й відплатних ліцензій. Інтереси ліцензіарів також

не можуть вважатися порушеними, оскільки ліцензіар має виключні повноваження на формулювання умов вільної ліцензії.

Проблема вільного ліцензування використання творів або об'єктів суміжних прав, створених на замовлення. Цивільним законодавством особливу увагу приділено випадкам створення творів на замовлення (ст. 430 ЦК України) або в порядку виконання трудової функції (ст. 429 ЦК України).

Особливість правової охорони зазначених об'єктів авторського права полягає в тому, що законом передбачені диспозитивні норми, що визначають як суб'єкта виключного права, якщо: інше не передбачено договором, майнові права на об'єкт авторського права належать автору і замовнику (роботодавцю) спільно. Разом з тим сторони у договорі можуть передбачити інший порядок розподілу прав та реалізації повноважень. Таким чином, основним ризиком для публічного ліцензування використання таких творів буде ризик відсутності у ліцензіара повноважень необхідних і достатніх для надання ліцензії, що впливає з закону або договору. Ризиковість полягає в тому, що права на твір належать спільно, а розпоряджається один і у подальшому такий правочин може бути оспорений на підставі ст. 203, 215, 227 ЦК України.

Проблема вільного ліцензування у разі, якщо виключне право належить кільком особам, незалежно від того, чи було тому причиною співавторство або відчуження виключного права двом або більше особам, може мати місце лише тоді, коли всі правоволодільці висловили свою згоду не лише з самим рішенням про обмеження права, але і його умовами, усвідомлюючи свій обов'язок укласти ліцензійний договір з кожним, хто звернеться. Це правило засновано на ст. 428 ЦК України, відповідно до якої розпорядження виключним правом на результат інтелектуальної діяльності здійснюється правоволодільцями спільно, якщо договором між ними не передбачено інше.

Дуже часто технологічно складні об'єкти авторського права створюються у співавторстві, наприклад, комп'ютерні програми, аудіовізуальні твори тощо. Найчастіше автори навіть не завжди знайомі один з одним. Виникає резонне

запитання: як захистити інтереси добросовісного набувача, який, не підозрюючи про існування автора, з тієї чи іншої причини не врахував його думку при розміщенні ліцензійної оферти, при цьому не порушивши права співавтора або співволодільця виключного права?

Для того, щоб розробити відповідний правовий механізм, необхідно визначити, інтерес, що підлягає правовій охороні. По-перше, це інтерес співволодільця виключного права, пов'язаний з отриманням частини доходу від використання твору або компенсацією недержаної частини доходу, на який він був вправі розраховувати у разі надання права його безоплатного використання. По-друге, це інтерес співволодільця виключного права не оприлюднювати або відкликати оприлюднений твір. По-третє, це інтерес користувача, який сумлінно використовує твір на умовах ліцензійної оферти і при цілковитій уважності й обачності не міг знати про порушення прав співволодільця.

Майнові інтереси співволодільця виключного права забезпечуються і захищаються інститутом відшкодування збитків та іншими способами захисту, передбаченими законом. Зауважимо, що механізм захисту інтересів добросовісного користувача (ліцензіата) законодавчо не закріплений, на відміну від правового регулювання добросовісного набувача (ст. 388 ЦК України) права власності на річ.

Видається, що інтереси добросовісного користувача підлягають захисту в будь-якому разі. Байдушність законодавства до його інтересів призведе до дестабілізації обороту прав на об'єкти авторського права.

Статті 50, 52 Закону України «Про авторське право і суміжні права» передбачають спеціальну норму, яка ставить захист порушених інтелектуальних прав незалежно від вини порушника. Так, відсутність вини порушника не звільняє його від обов'язку припинити порушення прав інтелектуальної власності, а також не виключає застосування щодо порушника заходів, спрямованих на захист таких прав. Зокрема, публікація рішення суду про допущене порушення і припинення дій, що порушують виключне право на

результат інтелектуальної, творчої діяльності здійснюються незалежно від вини порушника і за його рахунок. Таке саме правило діє і в разі створення загрози порушення такого права.

Ця норма є логічним продовженням принципу, зафіксованого в п. 2 ст. 45 Угоди з торговельних аспектів інтелектуальної власності (ТРИПС) СОТ [21], відповідно до якого країни, що входять до СОТ, можуть наділяти судові органи правом видання судового наказу, розпорядчого звернення стягнення на прибуток та/або виплату попередньо встановлених збитків, навіть якщо порушник не знав або не мав вагомих підстав знати про те, що він здійснює протиправні дії.

До такого ж підходу схиляється і вітчизняна судова практика [22]. Відсутність вини порушника, по-перше, не звільняє його від обов'язку припинити порушення прав інтелектуальної власності (тобто в таких випадках наслідки настають завжди, незалежно від вини); по-друге, не виключає застосування щодо нього заходів, спрямованих на захист прав інтелектуальної власності (що свідчить про можливість випадків, коли такі наслідки настають лише за наявності вини). Друга норма містить невизначеність, яка посилюється тим, що слідом за нею наведені приклади способів захисту прав, які застосовуються незалежно від вини порушника і за його рахунок. До них відносяться публікація даних про допущене порушення та рішення суду щодо цього і припинення дій, що порушують виключне право або створюють загрозу порушення такого права, що не є за своєю природою заходами відповідальності (ст. 52 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). У результаті залишається відкритим питання про те, чи можливе застосування без вини таких заходів відповідальності, як відшкодування збитків та компенсація (ст. 52 Закону України «Про авторське право і суміжні права»).

В англосаксонській доктрині існує класифікація порушень авторського права на прямі і непрямі. Відмінності між ними проводяться, по-перше, за суб'єктом правопорушення, по-друге – за свідомо-вольовим ставленням

суб'єкта до протиправних дій та їх наслідків. У разі прямого порушення авторських прав йдеться про безпосередніх його порушників – тих, хто здійснює відтворення, виконання твору тощо. Непряме порушення, навпаки, здійснюється тими особами, які, діючи в своїх комерційних інтересах, поширюють незаконно випущені у світ примірники творів або сприяють виготовленню таких примірників (публічного показу) [23, с.272–273]. При цьому англосаксонське законодавство і правозастосовча практика підходить до урахування провини диференційовано – залежно від виду порушення авторських прав, але демонструє при цьому прямо протилежний вітчизняному підхід. Так, наявність вини відповідача формально не береться до уваги при встановленні факту прямого порушення. Якщо ж мова йде про непряме порушення, то відповідальність за такі дії настає лише за умови, що така особа знала або мала достатні підстави вважати, що здійснювана ним діяльність є незаконною [23, с.272–273].

В Україні, що підтверджується наведеними прикладами, без вини можуть застосовуватися лише способи захисту прав, які не є заходами цивільно-правової відповідальності, тоді як відповідальність за порушення виключного права і особистих немайнових прав застосовується лише за наявності вини порушника. Встановлення відповідальності без вини потребує прямої вказівки на це в законі.

Висновки до розділу 1

1. Основним недоліком законодавства у сфері права інтелектуальної власності є відсутність сучасного зобов'язально-правового інструментарію, що має забезпечити ефективний обіг авторських і суміжних майнових прав у економічному обороті в умовах цифрового світу.

2. До проблем, виявлених у правовому регулюванні інституту ліцензій, можна віднести такі:

2.1. Колізія ліцензій та особистих немайнових прав автора або виконавця. Законом встановлена неможливість обмеження або відмови від особистих немайнових прав у зв'язку з необхідністю створення третіми особами нового об'єкта на основі використання вже існуючого об'єкта авторського або суміжних прав.

2.2. Проблема конфлікту ліцензій та інтересів третіх осіб у разі видачі відкритих ліцензій за умови існування вже укладених ліцензійних договорів про використання тих самих творів на тих самих умовах.

2.3. Проблема ліцензування використання творів або об'єктів суміжних прав, створених на замовлення або в порядку виконання трудового договору.

2.4. Проблема ліцензування у разі, якщо виключне право належить кільком особам, незалежно від того, чи було тому причиною співавторство або відчуження виключного права двом або більше особам.

2.5. Стосовно «простих» об'єктів авторського права (літературні твори, фотографічні, твори образотворчого мистецтва) традиційні інструменти, що опосередковують перехід прав (ліцензія, ліцензійний договір, договір про повне або часткове відступлення майнових прав тощо) цілком задовольняє потреби цивільного обороту прав на такі об'єкти. Вказані об'єкти, як правило, створюються одним автором, тому він здатен визначити двосторонні умови надання дозволу на використання будь-якій особі. Разом з тим до складних об'єктів авторського права (комп'ютерні програми, бази даних), що

створюються великою кількістю осіб, які навіть на пов'язані юридично один з одним у процесі їх створення, зміни, доробки. Вказані об'єкти можуть поширюватися та практично використовуватися без виконання будь-яких формальностей на території всіх країн світу через телекомунікаційні мережі. Порівняно з оборотом прав на прості об'єкти, у більш складних, багатопарових відносинах, що виникають між різними створювачами, навіть які між собою не завжди пов'язані, застосування традиційного набору цивільно-правових форм розпорядження прав на них є недостатньо ефективним.

2.6. У разі можливості сторонніх осіб змінювати за згодою правоволодільця твори бажаним є закріплення положення, згідно з яким автор, що створив похідний твір на основі оригінального, не мав би можливості монополізувати подальше використання як самого оригінального твору (комп'ютерної програми тощо), так і твору-переробки. Одночасно вказані обставини не мають бути пов'язані з повною відмовою авторів та авторів похідного твору від прав інтелектуальної власності на зроблену переробку (ч.3 ст.12 ЦК України).

3. Серед проблем (юридичних задач), які підлягатимуть вирішенню, можна зазначити такі:

- (a) проблема ідентифікації сторін ліцензійного правовідношення;
- (b) проблема ідентифікації предмета ліцензії;
- (c) проблема виконання форми ліцензії;
- (d) проблема неможливості обмеження особистих немайнових прав автора оригінального твору у зв'язку з необхідністю створення на його основі нових (похідних) об'єктів;
- (e) проблема поширення умов первісної ліцензії на наступних користувачів.

РОЗДІЛ 2. ПОНЯТТЯ, ПРАВОВА ПРИРОДА І ЗНАЧЕННЯ ЛІЦЕНЗІЇ В АВТОРСЬКОМУ ПРАВІ І СУМІЖНИХ ПРАВАХ

2.1. Поняття і правова природа ліцензії на використання об'єктів авторського права і суміжних прав

Відповідно до ч. 1 ст. 1 Цивільного кодексу України цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. Разом з тим у ч. 1 ст. 3 ЦК України розкриваються загальні засади цивільного законодавства, зокрема:

- 1) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини;
- 2) неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом;
- 3) свобода договору;
- 4) свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом;
- 5) судовий захист цивільного права та інтересу;
- 6) справедливість, добросовісність та розумність.

Оскільки вказані засади-принципи мають поширюватися на всі цивільні відносини, то гіпотетично можна припустити, що вказані засади мають цілком застосовуватися і до майнових та особистих немайнових відносин, що складаються між суб'єктами права щодо визнання певних нетілесних благ об'єктами авторського, суміжного, патентного та інших прав та їх використання (економічне й особистісне привласнення), тобто до предмета права інтелектуальної власності. Слід зазначити, що включення до предмета права інтелектуальної власності як інституту цивільного (приватного) права відносин публічного характеру «заявник – патентне відомство» є дискусійним. Разом з

тим автор стоїть на тій позиції, що патентне право умовно поділяється на дві групи:

- 1) права на патент (відносини заявник – патентне відомство);
- 2) права з патенту (відносини ліцензіар – ліцензіат).

Перша група відноситься до публічних (владних) відносин, які регулюються адміністративним методом. Юридична природа методу права інтелектуальної власності, об'єктивно характерного для даних відносин, чітко відрізняється від методів цивільного права (юридичної рівності сторін, автономії волі), оскільки держава як суб'єкт владних повноважень надає (односторонній адміністративний акт держави) за певних обставин (критеріях патентоспроможності) приватну тимчасову патентну монополію суб'єкту цивільного права. У силу такого акта, підтвердженого документом, у суб'єкта цивільного права виникають виключні права на використання нематеріальних (нетілесних) об'єктів. Саме з урахуванням специфіки методу у цивільних кодексах європейських держав немає розділу, подібного книзі IV ЦК України «Право інтелектуальної власності». Наведене дає підстави стверджувати, що книга IV ЦК України, з одного боку, містить норми публічного права, а з іншого – норми приватного права. Права з патенту включають відносини, що виникають між особою (ліцензіаром), що має патент, тобто тимчасове монопольне право на використання відповідного матеріального блага, і одним з необмеженого кола осіб, що після отримання дозволу (ліцензії) від ліцензіара набуває статусу ліцензіата. Відносини між ліцензіаром і ліцензіатом регулюються договірним правом. Неоднорідний склад предмета права інтелектуальної власності обумовлює імперативні та диспозитивні засади його методу. Проте співвідношення державно-владної та договірної частин методу не залишається постійним. Часто у праві інтелектуальної власності застосовується договірний метод правового регулювання. Праву інтелектуальної власності властива подвійна природа методу, яка обумовлена приватно-публічним характером даної підгалузі права.

Відповідно до ч. 1 ст. 424 ЦК України майновими правами інтелектуальної власності є:

- 1) право на використання об'єкта права інтелектуальної власності;
- 2) виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності;
- 3) виключне право перешкоджати неправомірному використанню об'єкта права інтелектуальної власності, в тому числі забороняти таке використання (законом можуть бути встановлені винятки та обмеження майнових правах інтелектуальної власності за умови, що такі обмеження та винятки не створюють істотних перешкод для нормальної реалізації майнових прав інтелектуальної власності та здійснення законних інтересів суб'єктів цих прав (ч. 2 ст. 424 ЦК України);
- 4) інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом. У суб'єктивному розумінні право інтелектуальної власності – це встановлена законом заборона усім третім особам використовувати нематеріальний об'єкт та надання уповноваженому суб'єкту можливості дозволяти використання певного нематеріального об'єкта протягом певного часу та на певній території. Право інтелектуальної власності є виключним, поширюється не тільки на чітко визначений об'єкт, а й на тотожні або схожі об'єкти, має самостійну економічну цінність та може відчужуватись. Тому вважаємо, що право інтелектуальної власності стоїть на негативному обов'язку будь-якої особи утриматись від спеціально несанкціонованих правоволодільцем або законом дій з використання охоронюваного об'єкта. У цьому ми солідарні з М. В. Селівановим, В. О. Калятіним, О. О. Піленко, І. В. Венедіктовою.

Методологічно право інтелектуальної власності регулює суспільні відносини шляхом наділення правоволодільця з боку держави тимчасовою монополією на використання відповідних об'єктів авторського права і суміжних прав. Зазначена монополія полягає у встановленні законом (ч. 3 ст. 426 ЦК України) для всіх третіх осіб заборони використання результатів творчої,

інтелектуальної діяльності без згоди особи, яке має таку монополію (автор, ліцензіар). У результаті надання дозволу у формі ліцензії правоволоділець знімає законодавчу заборону на використання твору або об'єкта суміжних прав на користь певної особи. Отже між ліцензіаром та користувачем виникають взаємні цивільні права та обов'язки, відповідальність. Вказане положення реалізується встановленням прямого заборонного припису, зокрема ч. 3 ст. 426 ЦК України, яка є загальною нормою, що поширює генеральну заборону на спеціально недозволене використання. Для об'єктів авторського права така заборона виникає з моменту створення твору, з факту як такого. Необхідність у будь-яких діях з боку держави в цьому випадку відсутня. Для об'єктів патентного права заборона на їх використання виникає не з моменту їх створення, а лише після відповідного визнання об'єкта, що заявляється патентоспроможним. Для виникнення суб'єктивних прав жодних дій з боку автора (в авторському праві) і з боку винахідника (патентне право) на адресу третіх осіб здійснювати не потрібно. Замість зазначених осіб ці дії відбуваються за законом, шляхом встановлення презумпції загальної заборони використання результатів інтелектуальної, творчої діяльності усім третім особам. Дозвіл – це дія-дозвіл ліцензіара на розпорядження правом на твір або правом на винахід, або правом із винаходу, а також інші об'єкти, в силу якого між ним та одним з третіх осіб виникають взаємні цивільні права та обов'язки, відповідальність.

Таким чином, ключовим у механізмі правового регулювання відносин з приводу використання результатів інтелектуальної, творчої діяльності та прирівняних до них результатів є надання правоволодільцем дозволу (ліцензії) на використання певного об'єкта права інтелектуальної власності. За відсутності дозволу (ліцензії) діє встановлена законом заборона на використання певного об'єкта права інтелектуальної власності.

Основним недоліком законодавства у сфері права інтелектуальної власності є відсутність сучасного зобов'язально-правового інструментарію, що здатен

забезпечити ефективний обіг авторських і суміжних майнових прав у економічному обороті в умовах розвинених цифрових технологій.

Наведене вище визначає завдання для юридичної науки – встановити межі тимчасової монополії правоволодільця та знайти грань між законними вимогами правоволодільця і його неправомірним економічним інтересом, що полягає у недопущенні конкурентів на ринок однотипних товарів та послуг або істотне обмеження такого доступу на ринок тощо.

Відповідно до ч. 1 ст. 1107 ЦК України розпорядження майновими правами інтелектуальної власності здійснюється на підставі таких договорів: (1) ліцензії на використання об'єкта права інтелектуальної власності; (2) ліцензійного договору та інших договорів. Більшість дослідників дотримується точки зору, що предметом розпорядження можуть бути виключно майнові права [24, с.548; 25, с.149; 26, с.16; 27, с.6, 28, с.27], але всі вони обстоюють позицію, що ліцензія є різновидом договору як домовленості двох осіб про встановлення, зміну та припинення цивільних прав та обов'язків [29, с.126–127]. Інша група дослідників (О. Шилохвост [30, с.4], В. А. Дозорцев [31, с.50]) схиляється до думки, що у праві інтелектуальної власності існують два різновиди цивільно-правових форм розпорядження майновими правами, критерієм розподілу яких є спосіб розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. До першого різновиду відноситься передача майнових прав інтелектуальної власності, результатом якої є остаточна і безповоротна передача набувачеві всіх або частини майнових прав інтелектуальної власності на платній або безоплатній основі (теорія відступлення). Юридичними наслідками такого розпорядження є правонаступництво переданих прав (відступлення прав) і зміна правоволодільця. Другий різновид способу розпорядження майновими правами інтелектуальної власності передбачає видачу дозволу (ліцензії) на використання об'єкта права інтелектуальної власності (теорія дозволу). Юридичною метою такої дії є надання користувачеві дозволу на використання певного об'єкта права інтелектуальної власності протягом певного строку на певних умовах і в

межах, визначених у дозволі-ліцензії. Юридичними наслідками видачі дозволу-ліцензії є надання правомочності користувачу з використання об'єкта або монополюно, або паралельно з іншими користувачами залежно від виду ліцензії. Таким чином, правонаступництво (зміна правоволодільця) у другій моделі не відбувається, а надається лише право здійснювати правомочність з використання нематеріального результату певним способом та у певних межах.

Слід вказати, що у законодавстві про авторське право не існує визначення поняття «розпорядження авторськими і суміжними майновими правами», що ускладнює практичне застосування відповідних норм.

Видається, що розпорядження майновими правами на твір є можливістю автора на власний розсуд здійснити відчуження майнового права у повному обсязі, дозволити використання твору на певних умовах або передати право у заставу. У даному разі відчуження майнового права на твір є передачею правоволодільцем другій особі права використання твору у повному обсязі, права дозволяти іншим особам використовувати твір на певних умовах и права забороняти використання твору третіми особами з можливістю подальшої передачі усіх зазначених прав. Дозвіл використання твору на певних умовах є дозволом правоволодільця третій особі використовувати твір на умовах, вказаних у законі та/або договорі.

Слід відзначити, що законом не встановлено зміст ліцензії, не визначено, що саме виступає об'єктом і предметом ліцензій. Видається, що об'єктом ліцензії є безпосередньо результат творчої діяльності (об'єкт авторського права або суміжних прав), а не право використання такого результату. Це пов'язано з тим, що об'єктом ліцензії як і будь-яких інших цивільних правовідносин є те, на що впливають суб'єктивні права та юридичні обов'язки учасників правовідношення: твір і прирівняні об'єкти (комп'ютерна програма, база даних) або об'єкт суміжних прав (виконання, фонограма, відеограма, програма організації мовлення). Предметом ліцензії є дії ліцензіара, спрямовані на надання права використання об'єкта авторського права і суміжних прав.

Вказана обставина дозволяє виділити ліцензію як самостійне цивільно-правове зобов'язання.

Основними юридичними ознаками ліцензій як самостійного цивільно-правового зобов'язання, що встановлює її місце серед цивільно-правових форм розпорядження майновими авторськими і суміжними правами, є:

а) нематеріальна природа об'єктів авторського права і суміжних прав, стосовно яких відбувається розпорядження майновими правами. Вказана ознака робить відмінною ліцензію від інших договірних форм розпорядження матеріалізованими об'єктами (купівля-продаж, оренда тощо);

б) строковий характер ліцензії дозволяє відрізнити її від договорів та правочинів з повної передачі (відступлення) авторських і суміжних майнових прав, які передбачають безоборотну зміну правоволодільця (повне правонаступництво); в) спрямованість дій ліцензіара на надання права використання результату творчої діяльності, що становить об'єкт ліцензії незалежно від мети такого використання. Вказана ознака дозволяє розмежувати ліцензію та договір комерційної концесії (франчайзингу), оскільки останній має особливий предмет і мету укладення. Як спосіб (правомочність) використання не можуть бути визначені строк та територія, на якій дозволяється використання об'єкта авторського права та суміжних прав. Ці категорії мають розглядатись як самостійні умови ліцензії і не можуть характеризуватись як складений елемент предмета ліцензії.

Ліцензія як цивільно-правова форма розпорядження майновими авторськими і суміжними правами є односторонньо зобов'язуючим правочином, є взаємокаузальним, може бути віднесена до категорії як консенсуальних, так і до категорії реальних договорів, а також мати як відплатний, так і безвідплатний характер. На думку І. Є. Якубівського, ліцензія – це правова форма надання особою, яка має виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності, іншій особі дозволу на використання відповідного об'єкта [32, с.156]. Ліцензія передбачає дозвіл на використання

об'єкта права інтелектуальної власності у певній обмеженій сфері. У ліцензії обумовлюється сфера, у межах якої ліцензіат має право здійснювати використання об'єкта. Сфера використання об'єкта визначається: 1) певними видами майнових прав, що надаються ліцензіату, та способами використання об'єкта; 2) територією, на яку поширюються надані права; 3) строком дії ліцензії [32, с.157].

Видається, що на сучасному етапі розвитку суспільних відносин, що обумовлено впровадженням інтернет-технологій у повсякденне життя, з'являються випадки, коли згадані вище моделі не вписуються у встановлені моделі поведінки, а норми права вже не здатні врегулювати відносини, що фактично виникли й існують у сучасному світі. Оскільки основним завданням права взагалі і права інтелектуальної власності зокрема полягає у створенні інструментів, необхідних і здатних забезпечити обіг прав інтелектуальної власності, то можна констатувати, що традиційні моделі цивільно-правових форм розпорядження майновими правами інтелектуальної власності не здатні вирішити нові завдання: надання можливості правоволодільцю без особливих формальностей надати користувачеві якнайширшу можливість використання твору та створювати на його основі нові твори. Зазначене зумовлює виокремлення таких юридичних задач, що потребують розв'язання:

(1.1) Стосовно «простих» об'єктів авторського права (літературні твори, фотографічні, твори образотворчого мистецтва) традиційні інструменти, що опосередковують перехід прав (ліцензія, ліцензійний договір, договір про повне або часткове відступлення майнових прав тощо), цілком задовольняють потреби цивільного обороту прав на такі об'єкти. Вказані об'єкти, як правило, створюються одним автором, тому він, безсумнівно, здатен визначити двосторонні умови надання дозволу на використання будь-якій особі. Разом з тим щодо складних об'єктів авторського права (комп'ютерних програм, баз даних), то згідно з нашими висновками (див. розділ 1), вказані об'єкти розповсюджуватися та використовуватися без виконання будь-яких складних

формальностей на території всіх країн світу через телекомунікаційні мережі. Як уже зазначалося, порівняно з оборотом прав на прості об'єкти, у більш складних, багатопарових відносинах, що виникають між різними створювачами, навіть які між собою не завжди пов'язані, застосування традиційного набору цивільно-правових форм розпорядження прав на них є недостатньо ефективним. Крім самого твору, у сучасних відносинах на перший план виходять властивості об'єкта, права на який обертаються, оскільки з часом вони надають можливість використовувати об'єкт за іншим цільовим призначенням, ніж для яких він створювався за первісним задумом авторів (наприклад, соціальні мережі, веб-сайти тощо). Тому, видається, необхідною передумовою для формування ефективного інструменту цивільно-правового впливу на вказані відносини є надання можливості (права) правоволодільцю без виконання складних формальностей надавати можливість користувачам без обмеження території можливість використовувати твір і створювати на його основі нові, похідні за своєю природою, твори. Відповідно до ст.20 Закону України «Про авторське право та суміжні права» перекладачам і авторам інших похідних творів належить авторське право на здійснені ними переклад, адаптацію, аранжування або іншу переробку. Перекладачі і (або) автори інших похідних творів користуються авторським правом на створений ними твір за умови дотримання ними прав автора, твір якого зазнав перекладу, адаптації, аранжування або іншої переробки. Авторське право перекладачів і (або) авторів інших похідних творів не перешкоджає іншим особам здійснювати свої переклади і переробки тих самих творів (ч.2 ст.20 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Наприклад, можливість допрацьовувати, змінювати, дописувати коди комп'ютерної програми, її частини-модулі.

(1.2) Ускладнюється задача описана у п.1.1, тим, що в разі можливості сторонніх осіб змінювати за згодою правоволодільця твори, бажаним є закріплення такого положення, за якого автор, що створив похідний твір на основі оригінального, не мав би можливості монополізувати подальше

використання як самого оригінального твору (комп'ютерної програми тощо), так і твору-переробки. Водночас вказані обставини не мають бути пов'язані з повною відмовою авторів та авторів похідного твору від прав інтелектуальної власності на виконану переробку (ч. 3 ст. 12 ЦК України). Традиційно для України та більшості країн Європи первісним суб'єктом авторських прав є автор – фізична особа. Разом з тим створення кінематографічних творів, мультимедійних виробів, комп'ютерних програм, баз даних (творчих і нетворчих) потребують значних фінансових витрат та організаційної діяльності, що стало передумовою для появи нової категорії прав – продюсерські (організаційні). Завдяки впровадженню даного інституту розрізнені права на складові частини-елементи цілого твору концентруються у однієї особи. Ця обставина вказує на те, що описаний вище інструмент надає можливість як авторам-фізичним особам, так і юридичним особам, що бажають поділитися і розповсюдити результат інтелектуальної, творчої діяльності, дозволити будь-якій особі (фізичній, юридичній) розвивати створений продукт шляхом його переробки, наприклад, комп'ютерних програм («SUN Microsystems», «O'Reilly & Associates»). Варто відзначити, що такий механізм може цілком застосовуватися і для інших об'єктів права інтелектуальної власності.

Якщо звернутися до досвіду зарубіжних країн, то подібна проблема там вирішена за допомогою впровадження інституту «Вільних ліцензій», основу якого складає договірний механізм регулювання. Термін «вільні ліцензії» є узагальнюючим поняттям, який має різновиди, що у більшості випадків мають істотні відмінності. Так, наприклад, «Ліберальні ліцензії» можуть розглядатися як звичайні ліцензійні договори, але надають користувачеві широкі можливості з використання комп'ютерної програми. Серед самих відомих «ліберальних ліцензій» можна назвати ліцензії BSD, Apache, MIT.

Противагу концепції «Вільні ліцензії» протистоїть концепція «Copyleft», сутність якої полягає у тому, що пропонується забезпечити неможливість будь-якої особи будь-яким чином обмежити використання, зміну та розповсюдження

як первісного твору, так і похідних творів. При цьому не обмежується право стягувати плату за надання у користування, але кожен з користувачів має право безоплатно отримати вихідний код (текст) комп'ютерної програми без додаткової оплати винагороди и може вільно змінювати їх і розповсюджувати. Модель, що запропонована Річардом Столлманом, отримала назву «GNU General Public License». Ще один напрямок вирішення проблеми був запропонований Лоуренсом Лессігом, що заснував некомерційну організацію Creative Commons. Ліцензії Creative Commons надають усім бажаючим можливість використання твору зі збереженням за правоволодільцем контролю в певних областях. Різні поєднання «дозволених» і «заборонених» форм використання маркуються певними графічними символами, що дозволяє легко ідентифікувати, у тому числі неспеціалістами у галузі права. Основним стрижневим принципом системи Creative Commons є перехід від принципу «всі права захищені» до принципу «деякі права захищені».

Описані моделі вирішення поставленої задачі цілком вдало проявили себе у іноземних правопорядках, але чи можуть вони бути імплементовані у вітчизняне законодавство?

Видається, що обмірковуючи можливість застосування «вільних ліцензій» або концепції «часткової відмови від авторського права» в Україні, слід враховувати, що вказані системи будуть конфліктувати з правовою системою, що склалася, у результаті чого повноцінне їх застосування вимагає значних змін у чинному законодавстві. Також варто мати на увазі, що запровадження договірної моделі «вільного» програмного забезпечення може привести до ситуації несумісності різних моделей правового регулювання, що значно знижує їх ефективність.

У разі спроби вирішити поставлені задачі завдяки впровадженню концепції «Вільні ліцензії» необхідно розв'язати проміжні задачі, без чого застосування вільних ліцензій буде провальним. Серед проблем (юридичних задач), які підлягатимуть вирішенню, можна зазначити наступні:

- (a) проблема ідентифікації сторін договору;
- (b) проблема ідентифікації предмета договору (наприклад, ліцензії Creative Commons включають у сферу дії первісного договору всі оригінальні і похідні твори);
- (c) проблема виконання форми договору;
- (d) проблеми встановлення винагороди у договорі і безоплатних договорів між комерційними організаціями;
- (e) проблема неможливості обмеження особистих немайнових прав автора оригінального твору у зв'язку з необхідністю створення на його основі нових (похідних) об'єктів;
- (f) проблема поширення умов первісного договору на наступних користувачів (слід відзначити, що система ліцензій Creative Commons виключає можливість укладення субліцензійних договорів).

Якщо спробувати розв'язати зазначені юридичні задачі впровадження концепції *copyleft* через розроблення договірної конструкції, у якій правоволоділець свідомо обмежує свої права на певний термін (самообмеження), то слід враховувати, що договір не тягне за собою відмови від авторського права, особливо від особистого немайнового. Практика самообмеження особистих немайнових прав уже давно впроваджена в життя. Так, відповідно до ст. 15 Закону України «Про рекламу» дозволяється переривати показ аудіовізуального твору для показу реклами. З точки зору авторського права такі дії порушують право автора не недоторканність і цілісність твору. Але договорами з телеканалами автори та правоволодільці свідомо йдуть на обмеження своїх немайнових прав, дозволяючи переривання творів з метою розміщення реклами.

Одним із способів вирішення вказаної проблеми є впровадження на законодавчому рівні можливості правоволодільца самообмежити на певний строк свої права, дозволивши будь-кому (суспільству) вільне використання відповідних об'єктів у вказаних такою особою межах.

Можна запропонувати ввести до ЦК України нову статтю 1108¹, яка б втілювала формулу: «Правоволоділець може зробити публічну заяву шляхом повідомлення необмеженому колу осіб про надання будь-яким особам можливості безоплатно використовувати результати інтелектуальної, творчої діяльності, що належать йому, на певних умовах протягом вказаного ним терміну. Протягом вказаного терміну будь-яка особа може використовувати цей результат на вказаних умовах. У разі відсутності у заяві правоволодільца вказівки на термін вважається, що цей термін становить п'ять років. Протягом терміну дії заяви вона не може бути відізнана, а передбачені в ній умови не можуть бути змінені».

Така модель надає наступні переваги:

- (a) спрощення правового регулювання у даній сфері;
- (b) гнучкість у встановленні умов використання;
- (c) забезпечення гарантій захищеності інтересів як правоволодільців, так і користувачів;
- (d) легкість у встановленні наявності зроблених заяв та встановлених умов;
- (e) можливість визнання прав, набутих на попередніх етапах за різними зарубіжними моделями «вільних ліцензій»;
- (f) відсутність необхідності зміни чинного законодавства.

Фактично, запропонована модель дозволяє досягнути тих самих цілей, що і модель, побудована на системах «вільних ліцензій», але більш безболісним шляхом.

Відповідно до ст. 426, 427 ЦК України використання об'єкта права інтелектуальної власності іншою особою здійснюється з дозволу суб'єкта права інтелектуальної власності, якому належить виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності, крім випадків правомірною використання без такого дозволу, передбачених законом. Умови надання дозволу на використання об'єкта права інтелектуальної власності визначаються договорами щодо розпорядження майновими правами

інтелектуальної власності, які можуть бути передані відповідно до закону повністю або частково іншій особі.

Однією з цивільно-правових форм розпорядження майновими авторськими і суміжними правами згідно зі ст. 1107 ЦК України, є ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності.

Відповідно до ч. 1 ст. 1108 ЦК України особа, яка має виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності (ліцензіар), може надати іншій особі (ліцензіату) письмове повноваження, яке надає їй право на використання цього об'єкта в певній обмеженій сфері (ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності).

Ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності може бути оформлена як окремий документ або бути складовою частиною ліцензійного договору.

Ліцензія на використання об'єкта авторського права і суміжних прав може бути виключною, одиничною, невиключною, а також іншого виду, що не суперечить закону.

Виключна ліцензія видається лише одному ліцензіату і виключає можливість використання ліцензіаром об'єкта права інтелектуальної власності у сфері, що обмежена цією ліцензією, та видачі ним іншим особам ліцензій на використання цього об'єкта у зазначеній сфері (ч. 3 ст. 1108 ЦК України).

Одинична ліцензія видається лише одному ліцензіату і виключає можливість видачі ліцензіаром іншим особам ліцензії на використання об'єкта права інтелектуальної власності у сфері, що обмежена цією ліцензією, але не виключає можливості використання ліцензіаром цього об'єкта у зазначеній сфері (ч. 3 ст. 1108 ЦК України).

Невиключна ліцензія не виключає можливості використання ліцензіаром об'єкта права інтелектуальної власності у сфері, що обмежена цією ліцензією, та видачі ним іншим особам ліцензій на використання цього об'єкта у зазначеній сфері (ч. 3 ст. 1108 ЦК України).

Відповідно до ст. 41 Конституції України кожен громадянин має право володіти, користуватися та розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності.

Однією з основних форм трансферу творчих об'єктів, тобто надання права на використання результатів інтелектуальної, творчої діяльності іншим суб'єктам господарювання, є ліцензування. Воно здійснюється шляхом укладення заінтересованими сторонами ліцензії (ліцензійного договору) – юридичного документа, на підставі якого одна фізична або юридична особа (ліцензіар), яка має виключне майнове право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності, тобто надавати іншій особі (ліцензіатові) письмове повноваження – право на певних умовах використовувати об'єкт права інтелектуальної власності.

Виходячи із визначення ліцензії на використання об'єкта права інтелектуальної власності, письмове повноваження може бути видане на будь-який об'єкт права інтелектуальної власності. Ці положення відповідають спеціальному законодавству України з питань інтелектуальної власності (ст. 32 Закону України «Про авторське право і суміжні права»).

Відповідно до ч. 2 ст. 1108 ЦК України ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності може бути оформлена як окремий документ або бути складовою частиною ліцензійного договору. Законодавство не містить будь-яких вказівок щодо особливостей оформлення та змісту ліцензії як окремого договору або у складі ліцензійного договору, але в будь-якому разі ліцензії видаються на умовах, про які домовилися сторони. Як правило, в ліцензії визначається територія, на яку вона поширюється, строки її дії, спосіб використання наданих прав. Вказані умови слід віднести до суттєвих умов ліцензії. Їх визначення надає ліцензіару можливість виробити стратегію використання об'єкта права інтелектуальної власності з найкращим для себе ефектом. Ліцензії можуть видаватися на платній або безоплатній основі, що також має бути визначено в угоді сторін. Спосіб платежу обирають сторони на

власний розсуд. Законодавство не містить з цього приводу будь-яких рекомендацій. Виходячи з практики, яка склалася, основними формами ліцензійних платежів є такі: роялті періодичні відрахування від доходу покупця в період дії ліцензії, сума яких визначається залежно від економічних результатів використання предмета ліцензії (відсоток від отриманого ліцензіатом прибутку або обсягу продаж); паушальний платіж – одноразовий платіж; гонорар – грошова винагорода за послуги, які надав ліцензіар, що визначена у вигляді певної грошової суми.

Обсяг переданих прав, які передбачені ліцензією на використання об'єкта права інтелектуальної власності, залежить від обраного виду ліцензії. За умовами, які характеризують зміст прав, що передаються, розрізняють виключну, одиничну та невиключну ліцензії. Можуть бути також й інші ліцензії, зміст яких не суперечить чинному законодавству. Таким чином, ст. 1108 ЦК України не містить вичерпного переліку видів ліцензій. Водночас законодавство висуває вимоги щодо інших ліцензій, крім тих, які визначені у ст. 1108 ЦК України: вони не повинні суперечити чинному законодавству. Це означає, що сторони мають право укласти договір (ліцензія визначена в ст. 1107 ЦК України як договір), який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства (ч. 1 ст. 6 ЦК України). Крім цього, в даному випадку слід брати до уваги вимоги законодавства щодо меж здійснення цивільних прав (ст. 13 ЦК України).

Залежно від обсягу прав, що передаються ліцензіату, законодавство виділяє такі види договорів: договір виключної ліцензії, договір одиничної ліцензії та договір невиключної ліцензії.

При виключній ліцензії ліцензіат отримує монопольне право на використання об'єкта договору в певній сфері. Іншими словами, ліцензіар не лише не має права видати ще хоча б одну ліцензію іншим особам на використання об'єкта договору у зазначеній сфері використання, а й сам не може використовувати те, на що видана виключна ліцензія. Водночас ліцензіар

зберігає за собою право на використання цього самого предмета договору в частині, що не передана за договором. У більшості випадків межі встановлюються щодо строку та території. У цьому разі особливість виключної ліцензії полягатиме в тому, що ліцензіар не зможе користуватися своїми правами на певній території, наприклад, експортувати свою продукцію або передавати права третім особам у визначені строки та на певних територіях. Іноді виключність може бути визначена щодо роду діяльності кожної сторони, наприклад, ліцензіату передано виключне право лише на продаж продукції. Через особливості виключної ліцензії може виникати ситуація, коли володільцю права інтелектуальної власності на один об'єкт цього права може бути видано декілька виключних ліцензій. Це можливо за умови, що не будуть збігатися території дії майнових прав інтелектуальної власності на цей об'єкт, наданих за ліцензією, або передаються різні частини цих прав та відповідно такі права не будуть взаємно перетинатися.

Різновидом договору виключної ліцензії є повна ліцензія, за якою у ліцензіара залишається лише формальне право на об'єкт права інтелектуальної власності, а всі майнові права переходять до ліцензіата. Іншими словами, за договором повної ліцензії ліцензіат отримує право монополюно використовувати об'єкт права інтелектуальної власності. Цей договір відрізняється від передання (відчуження) прав на об'єкт права інтелектуальної власності лише тим, що у суб'єкта права інтелектуальної власності залишається формальне право на об'єкт права інтелектуальної власності на строк дії договору повної ліцензії, після перебігу якого ліцензіар знову стає носієм всього комплексу майнових прав інтелектуальної власності на відповідний об'єкт права інтелектуальної власності. Повна ліцензія, яка видається на весь строк дії охоронного документа на об'єкт права інтелектуальної власності, за своїм економічним змістом прирівнюється до передання прав на цей об'єкт. Проте з юридичної точки зору між ліцензією та переданням прав є істотна відмінність. Якщо, наприклад, за договором передання права правонаступник зобов'язаний

виплачувати правоволодільцю певні платежі, то невнесення чергового платежу породжує для правоволодільця лише право вимоги виплатити певної суми грошей, але не тягне за собою відновлення його права на об'єкт права інтелектуальної власності. Водночас невнесення ліцензіатом чергового платежу за договором може тягнути за собою розірвання договору ліцензії.

На підставі укладеного договору невиключної ліцензії про використання об'єкта авторського права або суміжних прав правоволоділець (ліцензіар) надає дозвіл на використання такого об'єкта будь-якому ліцензіату (фізичній або юридичній особі). При цьому всі права, включаючи право на надання субліцензії іншим особам, залишаються у ліцензіара. Таким чином, за невиключною (простою) ліцензією правоволоділець (ліцензіар) передає ліцензіату право на використання об'єкта авторського права або суміжних прав, зберігаючи при цьому за собою право на використання зазначених об'єктів і видачу ліцензії на право використання цього самого об'єкта іншим особам. Невиключна ліцензія відрізняється від виключної тим, що ліцензіар має можливість видавати ліцензії третім особам на тій самій території й у тому самому обсязі, що обумовлені у договорі невиключної ліцензії між ліцензіаром і ліцензіатом.

У ліцензійній практиці непоодинокі випадки, коли договір може містити умови як виключної, так і невиключної ліцензії. Наприклад, згідно з ліцензійним договором ліцензіар надав ліцензіату на певній території виключне право на виробництво продукції за ліцензією та невиключне право на продаж цієї продукції. Це означає, що в межах території ніхто, окрім ліцензіата, не має права виробляти продукцію за даною ліцензією, однак право реалізовувати продукцію на цій території належить як ліцензіату, так і ліцензіару або іншим ліцензіатам.

Одинична ліцензія – це ліцензія, яка видається лише одному ліцензіату та виключає можливість видачі ліцензіаром іншим особам ліцензій на використання об'єкта авторського права і суміжних прав в обмеженій цією

ліцензією сфері, а також не виключає можливості використання ліцензіаром цього об'єкта у зазначеній сфері (ч.3 ст.1108 ЦК України). Цей вид ліцензії є похідним від виключної ліцензії, проте єдинична ліцензія на відміну від нього надає право ліцензіату використовувати об'єкт права інтелектуальної власності у певній сфері (на певній території), на якій ліцензіар також зберігає за собою право використовувати цей об'єкт. Особливості єдиничної ліцензії полягають у тому, що монопольне використання об'єкта права інтелектуальної власності розподіляється між ліцензіаром та ліцензіатом, при цьому обидві сторони не мають права надавати субліцензії третім особам.

У національній ліцензійній практиці найбільш поширені невиключні (прості) ліцензії. Законодавство деяких країн світу (Бельгія, Голландія) передбачають лише невиключні (прості) ліцензії, а інших, навпаки, тільки виключні ліцензії (Японія). Тому при укладенні ліцензій на використання об'єкта права інтелектуальної власності з фірмами іноземних держав необхідно враховувати особливості законодавства відповідної країни. Щоб уникнути непорозумінь у договорі, слід також докладно визначати обсяг та характер прав, що передаються, та умови, на яких ці права передаються.

Патентне законодавство України дозволяє з метою поліпшення інноваційного клімату в державі, стимулювання процесу трансферу технологій. Законодавство України передбачає можливість видачі відкритої ліцензії. Це заява суб'єкта права інтелектуальної власності, який є власником охоронного документа, що подається до Державної служби інтелектуальної власності України для офіційної публікації і виражає волю суб'єкта права інтелектуальної власності надати будь-якій особі дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності (винаходу, корисної моделі, промислового зразка). За наявності такої заяви особа, яка виявила бажання скористатися зазначеним дозволом, укладає з суб'єктом права інтелектуальної власності не ліцензію на використання об'єкта права інтелектуальної власності, а лише договір про платежі. З метою заохочення власника охоронних документів надавати відкриті

ліцензії річний збір за підтримання чинності охоронного документа зменшується на 50% з року, наступного за публікацією такої заяви. Заява про відкрити ліцензію в Україні, на відміну від законодавства Російської Федерації та Республіки Білорусь, не є безвідкличною. Це означає, що в разі, якщо ніхто не виявить бажання скористатись відкритою ліцензією, патентоволоділець може подати клопотання про її анулювання. У такому випадку сума річного збору за підтримання дії охоронного документа сплачуватиметься у повному обсязі, починаючи з року, наступного за роком публікації такого клопотання. Цей вид зобов'язань можна визначити за аналогією як своєрідну оферту (ч. 9 ст. 28 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», ст. 20 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки»). Чинне законодавство застосування цього інституту до об'єктів авторського права і суміжних прав не передбачає.

Порушення майнових авторських і суміжних прав ліцензіара може проявлятися у використанні творчого результату способом, що не передбачений ліцензією. Таким чином, неправомірна дія знаходиться поза межами предмета ліцензії. У даному разі відносини ліцензіара і ліцензіата-порушника будуються на основі позадоговірної відповідальності, оскільки знаходяться поза межами договірного регулювання (оферта-акцепт), та застосування до правопорушника встановлених законодавством санкцій за порушення майнового авторського або суміжного права у позадоговірних зобов'язаннях, не можуть вплинути на виконання існуючого між сторонами ліцензійного договірного зобов'язання.

2.2. Вільна ліцензія як особлива форма розпорядження авторським і суміжними правами

Інститут вільних ліцензій – це приватна ініціатива, спрямована на лібералізацію правової охорони творів, яка стала альтернативою тенденції нігілістичних поглядів на авторське право, що набирає сили. Суть таких

ліцензій полягає в тому, що вони дозволяють праволодільцям повідомити користувачам (без необхідності укласти з кожним з них письмовий договір), які з своїх прав вони хотіли б обмежити (наприклад, праволоділець дозволяє третім особам переробляти твір з некомерційними цілями).

Підходів до визначення поняття «вільна ліцензія» вдається знайти не так вже й багато. Дослідники віддають перевагу таким поняттям, як «вільні програми», «вільні твори культури», «програмне забезпечення з відкритим кодом». Тому зробимо спробу з'ясувати семантику словосполучення «вільна ліцензія». Оскільки головним у цьому словосполученні є слово «ліцензія», то спочатку з'ясуємо його смислове значення. Так, Тлумачний словник іншомовних слів пропонує розуміти ліцензію як надаване власником патенту право на використання технічної документації і запатентованих винаходів [33, с.399]. Великий юридичний словник визначає її як право використовувати об'єкт інтелектуальної власності, що надається за ліцензійним договором [34, с.309]. Вважаємо, що таке визначення, будучи найбільш нейтральним, може бути прийняте за основу подальших міркувань. Набагато більшу складність становить другий елемент словосполучення – слово «вільна», яке походить від іменника «воля», який за своїм змістом, безумовно, пов'язаний з іншим іменником – «свобода».

Тлумачний словник живої мови В. І. Даля пропонує розуміти свободу як свою волю, простір, можливість діяти по-своєму; відсутність сорому, неволі, підпорядкування чужій волі [35, с.70]. Тлумачний словник Д. Ушакова наводить визначення свободи як можливості прояву суб'єктом своєї волі [36, с.47]. Згідно з ним під нею розуміється відсутність залежності від кого-небудь, можливість розташовувати за власним розсудом; можливість діяти в будь-якій сфері без обмежень, заборон, безперешкодно; можливість прояву суб'єктом своєї волі на основі усвідомлення законів розвитку природи і суспільства [37, с.1161] тощо. Інший тлумачний словник визначає її як можливість людини діяти відповідно до своїх інтересів і мети, спираючись на пізнання об'єктивної необхідності [38,

с.615]. Дуже цікавою видається стаття про свободу з Великого енциклопедичного словника: свобода – здатність людини діяти відповідно до своїх інтересів і мети, здійснювати вибір. Люди не вільні у виборі об'єктивних умов своєї діяльності, проте їм притаманна конкретна і відносна свобода, коли зберігають можливість у виборі, норми права і цінностей даного суспільства, цілей або засобів їх досягнення. Історичний розвиток суспільства у цілому супроводжується розширенням рамок свободи особистості [39, с.1070].

Як бачимо, лексичне значення слова «свобода» настільки широке, що не завжди зрозуміло, де ці самі рамки проходять. Крайнім проявом свободи є анархія. Анархізм як світоглядна позиція, не оминула і юриспруденцію. Зокрема, представники ліберльного анархокапіталізму, філософського напрямку в західній юриспруденції, виступили з критичних позицій, стверджуючи, що держава, яка виступає у ролі воюючої сторони, є військовим злочинцем, тому на перший план має виходити право на самозахист [40, с.27, 34]. Анархокапіталісти виступають проти інтелектуальної власності. Серед противників права на інтелектуальну власність виступають Б. Буккер, С. Кінсел, А. Лепаж, В. Макілрой та інші. Аргумент, на який спирається їх негативна позиція, бере свій початок від висновку про обмеженість як регулятор міжособистісних конфліктів: оскільки інтелектуальна власність, будучи серйозним обмежувачем свободи через монопольний характер правової охорони, на відміну від матеріальної власності, не підпадає під дію обмеженості (скільки завгодно індивідів можуть одночасно споживати одну і ту ж ідею, що не вимагає від них ніяких витрат на свою якість та/або експлуатацію), вона не викликає ніяких конфліктів і тому не потребує заходів вирішення конфліктів.

Виходячи з цього та враховуючи непорушне значення формальних визначень для юриспруденції, вважаємо необхідним конкретизувати значення свободи в аспекті досліджуваного питання. Перше, на що ми хотіли б звернути увагу, це важлива обставина, яка через особливості перекладу терміна «free license» на українську іноді викликає хибне розуміння «свободи» таких ліцензій.

Справа в тому, що українською з англійської мови слово «free» можна перекласти і як «вільний», і як «безкоштовний (безоплатний)». Тому важливо відзначити, що у словосполученні free license (вільна ліцензія) слово «вільний» не пов'язується з безкоштовністю.

Як відзначають І. А. Зенін і К. М. Мешкова, вільне програмне забезпечення не означає його безкоштовного характеру. Воно може розповсюджуватись як на безкоштовній, так і на платній основі. Асоціація лише з безкоштовним характером поширення викликана двояким розумінням англійського слова «free» [41, с.10]. Засновник руху вільного програмного забезпечення та проекту GNU Річард Столлман писав про допустимість платних виключень для ліцензій GNU GPL [42], втім вони не зачіпають можливості отримання винагороди за використання, але плату у вигляді відшкодування витрат за передачу оригіналу або примірника програмного забезпечення.

Свобода вільної ліцензії полягає в тому, що можливість використання твору або програмного забезпечення, поширеного на умовах вільної ліцензії, не ставиться у залежність від отримання додаткової згоди або дозволу правоволодільця або будь-яких інших осіб. Як відмічає Л. Лессиг, мова йде про вільну, але не про безкоштовну, як пиво за рахунок закладу. Вільної – у розумінні свободи слова, вільного ринку, вільної торгівлі, свободи підприємництва, свободи волі і вільних виборів... Вільна культура – і культура без власності, так само як вільний ринок не означає, що все безкоштовно. Протилежністю вільної культури є дозвільна культура, де творці вільні створювати лише з дозволу всевладних авторів минулого [43, с.30]. Цієї ж точки зору дотримується і К. Афанасьєва [44, с.6].

Однак вільні ліцензії за загальним правилом безоплатні. Свобода вільної ліцензії, на наш погляд, може розглядатися юристами досить широко, стаючи детермінантою розширення договірної диспозитивності і для правоволодільця, і для користувачів. Ця категорія впливає з найважливішого для регулювання приватноправових відносин принципу – принципу автономії волі сторін

цивільних правовідносин, а також похідних від нього ключових принципів зобов'язального права – принципу свободи договору (ст. 3, 6 ЦК України) та принципу єдності волі і волевиявлення (ст. 203 ЦК України). Виходячи з цього свобода волі як свобода цілепокладання та свобода в певній послідовності свідомо-вольових дій для досягнення наміченої мети власною волею і у власному інтересі, становить суб'єктивну сторону будь-яких юридичних вчинків і суб'єктивну причину правових наслідків таких вчинків. Правоволоділець зі свого боку має монопольне (виключне) право, по-перше, діючи вільно, своєю волею і у своєму інтересі, прийняти рішення про надання можливості використання твору на умовах вільної ліцензії; по-друге, визначити умови такого використання, вибравши одну з типових конструкцій вільних ліцензій або самостійно визначити інші умови використання.

У цьому зв'язку вільні ліцензії стають справжнім двигуном прогресу для авторського права. Тут варто погодитися з думкою Д. Ліпцік, яка, посилаючись на М. Ітурраспе, писала, що те, що регулюється законом, завжди обмежене, у той час як те, що залежить від приватної ініціативи, не має меж [45, с.238]. Вільна ліцензія надає правоволодільцю приймати рішення про обмеження обсягу правової охорони створеного ним об'єкта тоді і остільки, коли і оскільки виходячи з його особистих цінностей і мотивів вважає це відповідним його інтересам, причому необов'язково майновим. У цьому зв'язку можливість надання вільної ліцензії є наслідком панування особи над об'єктом і можливості визначати його юридичну долю, тобто абсолютного права на такий об'єкт. Отже, реалізація свободи розсуду правоволодільца не ставиться у залежність від інтересів потенційних користувачів. Останнім лише залишається прийняти або не прийняти на себе права або обов'язки, передбачені вільною ліцензією.

Історично першими вільними ліцензіями стали розроблені Фондом за вільне програмне забезпечення під керівництвом Р. Столмена ліцензії GNU (GNU – вільна Unix-подібна операційна система. GNU є рекурсивним акронімом, тобто аббревіатурою, яка посилається сама на себе: GNU's Not UNIX («GNU – це не

UNIX»). Серед ліцензій GNU виділяють GNU General Public License (GNU GPL) – Загальну публічну ліцензію; GNU Lesser General Public License (GNU LGPL) – Меншу загальну публічну ліцензію; GNU Affero General Public License (GNU AGPL) – Загальну публічну ліцензію афферо; GNU Free Documentation license (GNU FDL) – Ліцензію GNU на вільну документацію. Усі ці конструкції у тому чи іншому обсязі надають такі права (свободи) щодо вільного програмного забезпечення:

- (1) свободу запуску програми з будь-якою метою;
- (2) свободу модифікації програми для конструювання на її основі похідних об'єктів;
- (3) свободу поширення копій як вихідного, так і виконуваного коду;
- (4) свободу поліпшення програми і випуску поліпшень у публічний доступ [46].

Ці чотири правомочності кореспондують чотирьом розробленим Р. Столлманом критеріям вільного програмного забезпечення.

У 2001 р. Л. Лессігом була заснована організація Creative Commons, яка зайнялася розробкою типових конструкцій вільних ліцензій не тільки для програмного забезпечення. Ці ліцензії застосовні для творів: фотографій, текстів, аудіовізуальних творів тощо. Ці ліцензії, за словами її творців, написані для людей, а не для юристів, і їх зміст складається з елементів, що мають символічні позначення:

– Attribution (скорочено BY) – на веб-сайті Creative commons цей термін має наступне тлумачення: Ви дозволяєте іншим копіювати, розповсюджувати, показувати і виконувати ваш твір, що захищений авторським правом – і похідні твори, засновані на ньому, – але лише якщо вони вказують авторство способом, який ви запросите [47];

– Share-alike (скорочено SA) – похідні твори обов'язково мають поширюватися на умовах цієї ж ліцензії (принцип копілефт);

- Non-commercial (скорочено NC) – забороняється використання творів з метою отримання прибутку;
- Non-derivative (скорочено ND) – забороняється створювати твори на основі даного твору.

У ліцензіях, написаних юристами для юристів, щоб дізнатися умови цих ліцензій, треба читати сам текст ліцензій. У ліцензій Creative Commons умови ліцензій прописані прямо в самих назвах (наприклад, ліцензія, за якою можна використовувати твір в некомерційних цілях за умови вказівки авторства, так і називається: Attribution – Noncommercial). Умови ліцензій прописані у вигляді комбінації елементів ліцензії, кожен з яких також має своє умовне позначення у вигляді символів.

З 2005 р. Євросоюзом розробляється Публічна ліцензія Євросоюзу (European Union Public License – EUPL), яка застосовується до програмного забезпечення. У 2007 р. Європейською комісією була прийнята версія 1.0, а 2009 року – версія 1.1 ліцензії EUPL. 19 грудня 2012 р. був опублікований для обговорення проект версії 1.2 цієї ліцензії. EUPL переведена на мови всіх країн ЄС і позиціонується як сумісна з авторським законодавством всіх країн ЄС та умовами найбільш поширених типових ліцензій (GNU GPL, Creative Commons тощо).

Згідно зі ст. 2 EUPL v. 1.1 ліцензія є всесвітньою (не має територіальних обмежень), безкоштовною, невиключною і допускає можливість субліцензування.

EUPL v. 1.1 надає ліцензіату такі права:

- а) використовувати твір будь-якими способами;
- б) відтворювати твір;
- в) переробляти оригінальний твір і створювати на його основі похідні твори;
- г) доводити твір до загального відома;
- д) розповсюджувати твір або його копії;
- є) передавати у користування твір або його копії;

ж) передавати права на твір або його копії за субліцензією.

При цьому відповідно до ст. 5 EURL v. 1.2 ліцензіат зобов'язаний додержуватись таких обмежень:

а) зберігати всю інформацію про інтелектуальні права ліцензіара, а також повідомлення про звільнення від відповідальності;

б) поширювати копії твору або похідних творів виключно на умовах цієї ліцензії або її більш пізніх версій, за винятком випадків, якщо оригінальний твір явно ліцензується за поточною версією ліцензії;

в) при поширенні твору забезпечити доступ до машинозчитуваної версії вихідного коду;

г) якщо похідний твір створюється на основі твору, ліцензованого за умовами цієї ліцензії, і твори, що ліцензовані за умовами сумісної ліцензії, подальше використання такого похідного твору допускається на умовах сумісної ліцензії.

Виходячи з викладеного, вільна ліцензія є правом використовувати об'єкт інтелектуальної власності, що надається за ліцензійним договором, незалежно від додаткової згоди правоволодільця чи інших осіб. Проте таке визначення не дозволяє нам чітко відмежувати інститут вільної ліцензії від таких суміжних правових явищ, як режим справедливого вільного використання (fair use) і режим творів, які перейшли у суспільне надбання (public domain).

Порівнюючи інститут справедливого вільного використання та інститут вільної ліцензії, на підставі викладеного можна зробити такі висновки:

1. Можливість справедливого вільного використання настає виключно у разі виникнення підстав, вичерпно перерахованих у законі, і лише із суспільно значущою метою. Вільне ліцензування використання об'єктів авторського права залежить виключно від розсуду правоволодільця.

2. Можливість справедливого вільного використання ніяк не залежить від волі правоволодільця, але не може ні заборонити, ні перешкодити такому використанню, оскільки обмеження сфери його розсуду відбувається в силу

прямої вказівки закону. Таким чином, в основі використання лежить вольовий акт користувача, який прийняв рішення про використання відповідного об'єкта. На правоволодільця лише покладаються обов'язки не перешкоджати такому використанню за умови його правомірності. Щодо вільної ліцензії, то лише правоволоділець вправі приймати рішення про вільне використання об'єкта авторського права і визначати межі такого використання, тобто в основі такого надання лежить вольовий акт правоволодільця.

З вищевикладеного випливає, що порівнювані явища співвідносяться як обмеження і обтяження. В. А. Мокрюков пропонує визначити обмеження як відомі умови (межі або рамки), урізання змісту елементів статичної правоздатності або секундарних прав (прямі) або запровадження певних ускладнень, незручностей у здійсненні суб'єктивних прав (непрямі обмеження), встановлені на користь невизначеного кола осіб; обтяження – як обмеження суб'єктивних прав, встановлені на користь певних приватних осіб [48, с.115].

Видається, що ліцензія є одним з випадків приватноправових обтяжень. Незважаючи на схожість обтяжень і обмежень (ті й інші урізають юридичні можливості) їх правова природа різна.

Як зазначає В. А. Белов, (1) в той час як обмеження спрямовані на рівне для всіх звуження здатностей до здійснення суб'єктивних прав певного типу, обтяження безпосередньо звужують суб'єктивні права певних осіб, надаючи відомі права щодо тих самих об'єктів іншим особам;

(2) вигоди обмежень адресовані всякому і кожному, причому вони можуть мати як пряме, так і рефлексивне походження, тоді як обтяження є результатом тільки прямої дії права;

(3) обмеження ні за яких умов до розряду суб'єктивних прав належати не можуть, оскільки встановлюються на користь невизначеного кола осіб; крім того, вони безпосередньо (прямо) впливають лише на зміст правоздатності, торкаючись суб'єктивних прав лише побічно. Навпаки, обтяження, будучи суб'єктивними правами, завжди встановлюються на користь конкретних осіб і

безпосередньо спрямовані на оформлення фактичного панування цих осіб над об'єктами чужих прав. Юридичних можливостей обтяження не стосуються [49, с.213–214].

Порушення правил справедливого вільного використання розглядається як порушення виключного авторського права (застосовуються засоби захисту абсолютного права), порушення умов вільної ліцензії розглядається як порушення договору, має зобов'язально-правову природу (застосовуються засоби захисту відносних прав).

Далі переходимо до порівняння інституту вільної ліцензії ще з одним подібним правовим явищем – інститутом суспільного надбання в авторському праві. Стаття 30 Закону України «Про авторське право і суміжні права» у цілому визначає, що після закінчення терміну дії виключного права твір науки, літератури чи мистецтва, як оприлюднений, так і неоприлюднений, переходить у суспільне надбання. На підставі цього твір, що перейшов у суспільне надбання, може вільно використовуватися будь-якою особою без чиеїсь згоди або дозволу і без виплати авторської винагороди (ч.2 ст.30 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). При цьому охороняються авторство, ім'я автора і недоторканність твору.

Наведена норма породжує питання як про те, що таке суспільне надбання, а також про юридичну характеристику переходу твору у суспільне надбання.

Інститут суспільного надбання зобов'язаний своїй появі англійському Статуту королеви Анни 1710 р., що встановив принцип строковості охорони прав на твір. Як зазначає К. В. Філімонов, ключовим наслідком введення принципу строковості охорони права стало поняття переходу твору до категорії суспільного надбання, тобто можливість вільного тиражування творів будь-яким видавцем, а не власником монополії на твір [50]. Хоча Р. Поллок, зокрема, вважає, що ідея суспільного надбання як інституту відкритого доступу до знань виникла з моменту, коли людство почало ділитися ідеями, - на підтвердження цього дослідник наводить аргумент про те, що один з найбільш ранніх

друкованих текстів в історії людства – буддистська Діамантова Сутра, надрукована в Китаї у 868 р. до н.е., була забезпечена позначкою для широкого вільного розповсюдження [51, с.3].

Р. Поллок пише: «Традиційно суспільне надбання розуміється як сукупність результатів інтелектуальної діяльності, які можуть поширюватися, використовуватися і використовуватись повторно без жодних обмежень. Я хотів би трохи розширити це поняття, зробивши його синонімом відкритих знань, тобто всіх ідей та інформації, які можуть бути вільно використані і поширені» [51, с.3]. Р. І. Сітдікова пропонує розуміти суспільне надбання як сукупність результатів інтелектуальної діяльності, термін охорони на які закінчився, в силу чого вони можуть вільно використовуватись суспільством з дотриманням особистих прав авторів [52, с.19]. Вбачається найбільш точним визначення суспільного надбання, запропоноване М. Івановою: спеціальний правовий режим, що передбачає можливість вільного і безоплатного використання будь-якою особою певного кола творів при обов'язковому дотриманні права авторства, права на ім'я і права на захист репутації автора [53, с.68].

Дійсно, як інститут об'єктивного права суспільне надбання – це сукупність правових норм, що встановлюють спеціальний правовий режим творів, з змістовної сторони надають право вільно використовувати будь-якою особою без чиєїсь згоди або дозволу та без виплати авторської винагороди та накладають обов'язок з дотримання особистих немайнових прав автора.

Інститути вільної ліцензії та суспільного надбання мають багато спільних рис. І той, і інший можна розглядати як правові засоби подолання легальної монополії – виключного права; обидва інститути припускають надання права вільно використовувати твір необмеженому колу осіб, вільне використання в обох випадках обмежене вимогою про дотримання особистих немайнових прав авторів. Проте їх відмінності дозволяють аргументувати тезу про те, що це різні правові явища.

По-перше, значні відмінності ці інститути мають з суб'єктивної сторони. Перехід твору у суспільне надбання відбувається об'єктивно після закінчення встановленого законом терміну (ч. 1 ст. 30 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Цей термін має властивість невідворотності настання, тому перехід твору у суспільне надбання ніяк не пов'язується з волею правоволодільця або іншої особи. Як зазначає М. Іванов, пов'язуючи момент переходу твору у суспільне надбання з настанням тих чи інших подій, законодавець залишає відкритим питання про можливість встановлення щодо твору режиму суспільного надбання з волі самого правоволодільця. Видається, що в даний момент у автора або його правонаступника така можливість відсутня. Водночас на практиці нерідко виникають ситуації, коли самі автори стають заінтересованими в переході твору у суспільне надбання. Наприклад, подібне бажання може виникнути у автора-початківця, який прагне завоювати аудиторію, або у автора, який вирішив донести свій твір до максимальної аудиторії з яких-небудь ідейних міркувань [53, с.70]. Цю функцію якраз покликаний виконувати інститут вільної ліцензії. Для вільного ліцензування необхідне прийняття правоволодільцем відповідного вольового рішення про намір укласти ліцензійний договір з будь-яким акцептантом, а також вчинення дій за визначенням умов оферти вільної ліцензії. Хоча робляться спроби зі стирання цієї ознаки. До таких спроб відноситься проект «нульова ліцензія» CC Zero license, яка, на думку К. А. Павлової, насправді є не договором, а односторонньою публічною відмовою автора від своїх інтелектуальних прав, що тягне перехід твору в режим суспільного надбання [54, с.141]. З цією тезою важко погодитися. Видається, що вільна ліцензія не може розглядатись як підстава для переходу твору у суспільне надбання за розглянутими вище причинами, тобто у зв'язку з тим, що перехід у суспільне надбання не може ставитися у залежність від волі правоволодільця, інакше інститут суспільного надбання втратить своє значення. Тому будь-які підстави переходу у суспільне надбання мають бути юридичними фактами, що характеризуються

об'єктивністю по відношенню до свідомості правоволодільця і неминучістю настання. Іншими словами, перехід у суспільне надбання також можна розглядати як випадок приватноправового обмеження, на противагу вільній ліцензії як обтяженню.

По-друге, відрізняється обсяг обмеження монополії правоволодільця. При переході твору у суспільне надбання економічна монополія втрачається повністю, у разі з вільними ліцензіями право використання надається лише способами і на умовах, визначених правоволодільцем. При цьому правоволодільець зберігає право укладення ліцензійних договорів, у тому числі відплатних, про використання творів.

По-третє, так само, як і інститут справедливого вільного використання, інститут суспільного надбання нерозривно пов'язаний з абсолютною природою виключного права, а інститут вільної ліцензії виступає зобов'язально-правовим засобом подолання монополії правоволодільця.

Як відзначають І. А. Зенін і К. М. Мешкова, незважаючи на все зростаючий інтерес до даного виду ліцензій, судова практика щодо вільних ліцензій в країнах Європи і США досить обмежена, а в Україні вона взагалі відсутня. Внаслідок цього легітимність вільних ліцензій залишається сумнівною [55, с.11]. Однак навіть у тих країнах світу, де питання про дійсність вільних ліцензій вирішене позитивно, не можна похвалитися такою ж позитивною судовою практикою з даного питання.

Звернемося до аналізу стану законодавства зарубіжних країн, суди яких пішли шляхом визнання юридичної сили вільних ліцензій. Так, законодавство про авторське право США складається з безлічі актів, основними з яких є Акт про авторське право (The copyright Act) 1976 р. і Акт про авторське право в цифровому тисячолітті (Digital Millennium Copyright Act - DMCA) 1998 р. Закони про авторське право об'єднані у главі 17 Кодексу США (US Code). Аналіз американського законодавства дозволяє зробити висновок про його прихильність до інституту вільних ліцензій. Оскільки правова система США

належить до англосаксонської правової сім'ї, авторське право розглядається як особливий різновид права власності. На цьому розумінні засновано, наприклад, положення ст. 106А, яка забороняє передачу авторського права на недоторканність твору, але дає право відмовитися від нього, якщо автор недвозначно висловить свою згоду на відмову від такого права у формі письмового документа, підписаного автором. Такий документ має точно визначати твір, способи його використання, до яких застосовується відмова, і відмова визнається дійсною лише щодо зазначеного твору і способів його використання. У разі, якщо твір є результатом спільної праці двох і більше авторів, відмова одного з авторів, зроблена відповідно до цієї статті, означає відмову решти співавторів [56]. Законодавство США також не встановлює обов'язкової письмової форми ліцензійного договору, передбачаючи таку вимогу лише для договору про передачу виключного права (п. А ст. 204 Акта про авторське право США).

Вільні ліцензії визнаються судами різних штатів і інстанцій. Серед справ про порушення умов вільних ліцензій, варто відзначити справу *E. Anderson, R. Landley vs. Monsoon Multimedia inc.* 2007 г. Це був перший у США позов у зв'язку з порушенням умов вільної ліцензії GPL. Позов був поданий від імені розробників комп'ютерних програм Правовим центром вільного ПЗ (Software freedom law center). Відповідачі поширювали програмне забезпечення, створене на основі розробленої позивачами програми BusyBox, ліцензованої на умовах GNU GPL. Справа ця не було закінчена судовим рішенням, оскільки Компанія Monsoon Multimedia погодилася зробити відкритим вихідний код, а також виплатити FSF грошову компенсацію, розмір якої не розголошувався, і позовна заява була відкликана [55, с.13].

Одним з найбільш відомих і значущих є прецедентне рішення Федерального окружного Апеляційного суду США у справі *R. Jacobsen vs. M. Katzer, KAM industries* 13 серпня 2008 р. Позивач, хобі якого було залізничне моделювання, розробив програмне забезпечення Java Model Railroad Interface (JMRI) для

такого моделювання з відкритим кодом. При розгляді цієї справи суд зазначив, що публічні ліцензії, які також іменуються відкритими ліцензіями, розробляються художниками, вченими, розробниками програмного забезпечення, які бажають спільно створювати об'єкти авторського права і надавати їх суспільству. Creative Commons як одне з *amicis curiae* розробляє вільні ліцензії для авторського права, щоб дозволити сторонам надати їх твори суспільству або щоб ліцензувати певні способи використання, зберігши частину прав за автором. Вільне ліцензування стало широко застосованим методом творчої співпраці, яке служить прогресу мистецтва і науки [57]. Відповідачі розповсюджували розроблену позивачем комп'ютерну програму у складі свого твору, який не розповсюджувався на умовах вільної ліцензії (пропрієтарний твір) програмного продукту Decoder Commander, попередньо видаливши з вихідних файлів інформацію про авторів і вільної ліцензії, на умовах якої дозволялось використовувати комп'ютерну програму. Суд апеляційної інстанції скасував рішення суду першої інстанції, який вказав на неправильну правову підставу позову: він розглядав умови вільної ліцензії як умови контракту між правоволодільцем і користувачем, тобто позов мав бути обґрунтований положеннями договірної права, тоді, як позивач наполягав на порушенні виключних прав, наданих йому законом. На цій підставі позивач був вправі вимагати лише відшкодування збитків, але оскільки не зміг довести ні факт їх настання, ні розмір, у задоволенні позову було відмовлено. Суд апеляційної інстанції, відправляючи справу на новий розгляд, постановив, що оскільки ліцензія передбачає ряд обмежень сфери дії, а ліцензіат діє за межами цієї сфери, ліцензіар вправі обґрунтовувати свої вимоги порушенням авторських прав [57]. Справа закінчена мировою угодою.

Ще однією країною, де запроваджено й активно застосовується інститут ліцензії, є Ізраїль. Зауважимо, якщо в США законодавство про авторське право оновилося відповідно до вимог часу – «цифрового тисячоліття» у 1980-ті – 1990-ті рр., то в Ізраїлі – пізніше, а саме з прийняттям у 2007 р. Закону про

авторське право. Одним з принципів нововведень цього Закону, стало право на створення похідних творів. Відповідно до ст.16 створення похідного твору передбачає створення оригінального твору на основі програмних продуктів, наприклад, як переклад або адаптація. Новий Закон виявився демократичним і щодо форми договору невиключної ліцензії. До його прийняття будь-який авторський договір визнавався укладеним тільки у разі, якщо він був укладений у письмовій формі і підписаний праволодільцем. Відповідно до п. 3 ст. 37 Закону 2007 р. це правило зберіглося лише для договору про відступлення виключного права і договору виключної ліцензії. Так, договір про відчуження виключного права або про надання виключної ліцензії має укладатись у письмовій формі [58]. Таким чином, скасовано вимогу про обов'язкову письмову форму договору невиключної ліцензії.

Демократичність ізраїльського законодавства підтримується судовою практикою, яка визнала силу вільних ліцензій. У 2009 р. винесено рішення по справі *Avi Re'uveni vs. Mera inc.* Позивач розмістив зроблену ним фотографію на сайті Flickr, забезпечивши її позначкою про ліцензування на умовах CC BY-NC-ND. Відповідач створив і продавав колаж з використанням фотографії позивача та інших фотографій, при цьому не вказавши ім'я автора (порушення умови Attribution). Незважаючи на заперечення відповідача про те, що він не розуміється на авторському праві і ліцензіях, суд визнав його винним у порушенні авторських прав позивача. Попри те, що суд у мотивувальній частині рішення не аналізував ліцензію Creative Commons, результат справи підтверджує визнання юридичної сили ліцензії.

З огляду нашого предмета дослідження безумовний інтерес становить законодавство і судова практика ФРН. Закон Німеччини про авторське право (*Urheberrechtsgesetzes*) від 9 вересня 1965 р. містить інститут вільних ліцензій. Це впливає з визнання ч. 1 ст. 24 Закону Німеччини правооб'єктності за переробками творів, розповсюджуваних за вільними ліцензіями. Самостійний твір, створений шляхом вільного використання твору іншої особи, може бути

опублікований і використаний без згоди автора твору, що використовується [59]. Крім того, німецький закон не ставить надмірних вимог до узгодження істотних умов ліцензійного договору. Наприклад, відповідно до ч. 5 ст. 31 Закону Німеччини про авторське право, якщо способи використання, складові правомочності права використання творів, що не були явно визначені при наданні права, то обсяг права використання повинен визначатися відповідно до мети, визначеної при наданні права [59]. Як бачимо, закон не висуває особливих вимог до форми договору невиключної ліцензії, обмежуючись у ч. 1 ст. 31 лише зауваженням, що автор може надати іншій особі право використовувати твір певним способом або будь-яким способом (право використання). Право використання може бути надано як виключне, так і невиключне [59].

Німецькі суди також підтримують тенденцію визнання юридичної сили за вільними ліцензіями. Одним з перших судових рішень на захист вільних ліцензій стало рішення у справі *H. Welte vs. D-Link Germany GmbH* [60], пов'язане з використанням комп'ютерних програм за ліцензією GNU GPL. Воно було розглянуто районним судом Франкфурта-на-Майні 26 липня 2006 р. Геральд Велт, програміст і активіст руху за вільне програмне забезпечення, заснував у 2004 р. в Німеччині веб-проект gpl-violations.org, що відстежує порушення вільних ліцензій GNU GPL. D-Link Germany GmbH, будучи дочірнім товариством Тайванської корпорації, займалося розповсюдженням на території Німеччини роутерів з попередньо встановленою операційною системою, створеною на основі Linux. Права на частину програм були надані авторами позивачеві на умовах виключної ліцензії, і позивач прийняв рішення розповсюджувати їх на умовах ліцензії GNU GPL. За рішенням суду на користь позивача була стягнута компенсація, а також встановлено обов'язок розкрити позивачеві інформацію про кількість проданих пристроїв, найменування комерційних покупців і постачальників пристроїв. На обґрунтування свого рішення суд вказав, що відповідно до п. 4 ліцензії GPL права, надані за ліцензією, припиняються і відновлюються у автора в разі, якщо користувач

порушує зобов'язання, передбачені п. 2 ліцензії GPL. Зокрема, мова йде про обов'язки користувача опублікувати гарантійне повідомлення на кожному примірнику програми, забезпечити програму текстом ліцензії і забезпечити доступ до вихідного коду програми. Ці вимоги не можна розглядати як необґрунтоване ущемлення прав відповідача, оскільки вони не є недійсними відповідно до ч. 2 ст. 307 Німецького цивільного уложення [60]. Також суд встановив, що умови ліцензії GPL не суперечать антимонопольному законодавству (відповідач на обґрунтування своїх заперечень серед іншого посилався на положення ст. 81 Договору про Європейське Співтовариство).

Пізніше була визнана сила ліцензій Creative commons. Так, 8 жовтня 2010 р. Земельний суд Берліна (Landgericht Berlin) розглянув справу Gerlach vs. DVU. За фабулою справи влітку 2010 р. заявник зробив у публічному місці фотографію німецького політика Тіло Сарацина і опублікував її он-лайн з позначкою про дозвіл використовувати її відповідно до умов ліцензії Creative commons BY SA 3.0. Unported. Через деякий час DVU, німецька політична партія розмістила фотографію на своєму сайті без вказівки імені позивача, ліцензійного маркування та без дотримання умов ліцензії. Позивач направив претензійний лист з пропозицією добровільно прибрати фотографію, на який не отримав відповіді, після чого звернувся до суду. Суд визнав факт порушення прав автора, вказавши, що відповідач розмістив фотографію на своєму сайті з порушенням умов ліцензії, що розглядається як використання без дозволу автора і є незаконним використанням за змістом ст. 97 Закону Німеччини про авторське право [61].

Свої особливості застосування інституту ліцензії має законодавство, а отже, й судова практика Франції. Так, у 2012 р. під страхом значних штрафів став активно застосовуватися прийнятий в 2009 р. закон HADOPI, покликаний припиняти порушення авторських прав у мережі Інтернет. Основним джерелом авторського права у Франції є Кодекс інтелектуальної власності Франції 1992 р. Цей Кодекс також можна віднести до «дружніх» інституту вільної ліцензії. Так,

ст. L 112-3 Кодексу встановлює, на відміну від права США, самостійний характер похідних творів, закріплюючи положення, що автори перекладів, адаптацій, переробок або аранжувань інтелектуальних творів користуються охороною, яку надає цим Кодексом без шкоди правам автора оригінального твору [62]. Право користування включає дві правомочності: право на публічний показ твору і право відтворення (ст. L 122-1 Кодексу). Як зазначає В. І. Єрмоєнко, повідомлення полягає у безпосередньому доведенні твору публіці, зокрема, шляхом публічного читання, музичного виконання, драматичної постановки, публічного показу, публічного перегляду і передачі у громадських місцях твору, що розповсюджується через телебачення шляхом телемовлення. Відтворення полягає у матеріальній фіксації твору всіма способами, що дозволяють повідомити його публіці [63]. При цьому відповідно до ст. L 122-7 право на публічний показ твору і право репродукції можуть бути надані за плату або без такої. Примітно, що французьке законодавство, на відміну від ізраїльського, суворе щодо форми ліцензійного договору. Відповідно до ст. L 131-2 Кодексу видавничий договір, договір на публічне представлення твору, договір на аудіовізуальну продукцію повинні складатися в письмовій формі. Для всіх інших договорів застосовні загальні положення про письмову форму ст. 1341-1348 Французького цивільного кодексу [62]. При цьому ст. 131-3 вимагає чіткого визначення прав, що надаються в договорі, а також сфери використання наданих прав, яка визначається виходячи з мети надання, а також територіальні і тимчасові межі використання. За наявності особливих обставин договір може бути визнано укладеним, якщо він укладений шляхом обміну телеграмами, за умови, що сфера використання переданих прав буде визначена відповідно до вимог цієї статті [64]. Як бачимо, положення французького Кодексу аналогічні вимогам українського законодавства, що дозволяє проводити певні паралелі. Судова практика щодо застосування вільних ліцензій у Франції ще не сформована, проте у вересні 2009 р. Апеляційний Суд Парижа ухвалив рішення за позовом Французької асоціації професійної освіти (AFPA),

яким визнав компанію Edu4 винною в порушенні умов вільної ліцензії GNU GPL (справа AFPA vs. Edu4). Між позивачем та відповідачем був укладений договір поставки обладнання для комп'ютерного класу. Через деякий час було виявлено, що на обладнанні встановлено розроблене відповідачем програмне забезпечення для віддаленого управління робочим столом на основі програми VNC, при цьому відповідач не надав їм доступ до вихідного коду, видаливши з програми всі згадки про її вільне походження. Суд визнав юридичну силу вільної ліцензії GPL, зазначивши, що суд вважає доведеним, що підприємство EDU4 не виконало договірні зобов'язання з поставки у грудні 2001 р., порушивши умови ліцензії GNU GPL, оскільки підприємство EDU4 видалило оригінальні повідомлення про авторсько-правову охорону VNC з двох фалів, замінивши їх власними повідомленнями, а також видалило текст ліцензії [65].

В аспекті досліджуваного питання привертає увагу Бельгійський Закон про авторське право і суміжні права від 30 червня 1994 р., схожий з французьким і українським з точки зору суворості вимог, що ставляться до авторсько-правових договорів. Відповідно до ст. 3 зазначеного Закону всі договори, які стосуються автора повинні укладатись у письмовій формі. При цьому встановлюється вимога про те, що умови договору, що стосуються прав, що передаються і способів використання тлумачаться. Крім того, на ліцензіата покладається обов'язок використовувати твір сумлінно відповідно до звичаїв ділового обороту [66].

Однак примітно, що і бельгійські суди стають на захист вільних ліцензій. У 2010 р. було винесено рішення по справі *Lichôdmarwa v.s L'asbl Festival de Theatre de Spa*. За фабулою справи у 2004 р. бельгійська група *Lichôdmarwa* записала пісню «*Abatchouck*», надавши право використовувати її за ліцензією CC BY-NC-ND. Через кілька років один з членів групи почув двадцятисекундний уривок з пісні в рекламі СПА-центру *L'asbl Festival de Theatre de Spa*. Досудові переговори не завершилися успіхом, і музиканти звернулися до суду. Позивачі наполягали, що відповідачі порушили всі три

умови обраної ними ліцензії, оскільки, по-перше, СПА-центр переробив твір, щоб він відповідав формату реклами (що порушує умову Non-derivative – ND), по-друге, використовував його в рекламі, що порушує умову про заборону комерційного використання (Non-commercial – NC); по-третє, не виконано умови Attribution, оскільки у ролику не було вказівки на авторів пісні. Музиканти вимагали виплати компенсації і публікації рішення суду. Відповідачі заперечували, стверджуючи, що оскільки група не є членом бельгійської організації з колективного управління авторськими правами SABAM, то у них немає права на отримання винагороди за використання твору. Суддя, визнавши юридичну силу ліцензій Creative Commons, також вказала, що рішення музикантів не приєднатися до SABAM, а поширювати музику більш відкрито не повинно виключати можливість судового захисту прав за ліцензією [67].

Безумовно корисним видається аналіз законодавства і судової практики Іспанії, де регулювання відносин у сфері інтелектуальної власності здійснюється на основі Закону про інтелектуальну власність від 12 квітня 1996 р. Відповідно до ст.9 цього закону дається визначення самостійного твору як твору, що є результатом самостійної творчості. Стаття 11 визнає правооб'єктність похідних творів без шкоди для авторського права на оригінальні твори. Відповідно до ст. 45 Закону договори щодо розпорядження виключними правами на твір (як про відчуження виключного права, так і ліцензійні договори) мають укладатися у письмовій формі. Якщо після офіційного звернення одержувач їх не виконує вимогу, автор має право розірвати договір [68]. Однак і в Іспанії, незважаючи на суворість законодавства в частині форми договору, суди повинні визнавати чинність вільних ліцензій.

У 2006 р. був створений один з найбільш значущих для Іспанії прецедентів у сфері вільного ліцензування – рішення у справі SGAE vs. Fernandez. SGAE – це організація з управління авторськими правами на музичні твори на колективній основі (Sociedad General de Autores y Editores). SGAE звернулася до суду з

позовом на власника диско-бару у зв'язку з несплатою останнім ліцензійних платежів за публічний показ музичних творів у період з 2002 р. по 2005 р. Суд відмовив у позові, оскільки власник бару зміг довести, що музичні твори, що відтворювались у його барі, не знаходились під управлінням SGAE, а пропонувалися правоволодільцями до використання на умовах ліцензії Creative Commons. До цього рішення іспанські суди в подібних справах виносили рішення на користь SGAE, оскільки вважалося, що вона управляє правами на практично всі музичні твори [69]. Так, наприклад, рік тому суд провінції Понтеведра, розглядаючи апеляційну скаргу у справі SGAE vs. Luis вказав, що документ, наданий відповідачем-заявником апеляційної скарги як ліцензія на вільне використання музичних творів є нічим іншим, як просто інформаційним буклетом про зміст ліцензії, і оскільки в ньому відсутні підписи, то не можна надавати йому значення [70].

Як бачимо, судова практика оцінює відносини ліцензіара і користувача як договірні, як наслідок, у разі порушення (невиконання чи неналежного виконання) умов ліцензії, наприклад, в частині забезпечення відкритості вихідного коду програми (як у справі AFPA vs. Edu4), суди застосовують правові засоби впливу на порушника у вигляді спонукання до належного виконання. Якщо використання твору відбувається з перевищенням встановлених ліцензією обмежень, суди застосовують абсолютно-правові засоби захисту майнових (у вигляді вимоги про виплату компенсації у зв'язку з використанням способом, що не передбачений ліцензією, як у справі Lichôdmарwa vs. L'asbl Festival de Theatre de Spa.) або особистих немайнових (як наприклад, у справі Avi Re'uveni vs. Мара inc.) прав. Крім того, зарубіжний досвід є досить показовим, оскільки саме правові позиції судів навіть при збереженні, як наприклад, у бельгійському або іспанському законодавстві, вимоги про просту письмову форму договору простої (невиключної) ліцензії сприяли втіленню в життя вільних ліцензій, ставши, по суті, їх правовою основою.

Відповідно до Рекомендацій щодо застосування вільних публічних ліцензій на використання об'єктів авторського права і суміжних прав складених Державною службою інтелектуальної власності України [75], вільна публічна ліцензія – загальнодоступний договір приєднання, що надає особі, яка приєдналася до такого договору, безоплатний дозвіл на використання об'єкта авторського права та (або) суміжних прав певними способами на умовах, визначених ліцензією. При цьому надається наступне визначення договору приєднання: договір приєднання – договір, умови якого встановлені однією із сторін у формулярах або інших стандартних формах, який може бути укладений лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованого договору в цілому без права запропонувати свої умови договору (ст. 634 ЦК України). Основні положення про застосування вільних ліцензій в Україні містяться в Законі України «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних» [222], Розпорядженні Кабінету Міністрів України від 23 грудня 2009 р. № 1588-р «Про схвалення Концепції Державної цільової науково-технічної програми використання в органах державної влади програмного забезпечення з відкритим кодом» [223, 224]. Як зазначалось, позиція Державної служби інтелектуальної власності України полягає у тому, що об'єкти авторського права та суміжних прав вільного користування супроводжуються вільними публічними ліцензіями, які є договорами приєднання.

Стаття 634 ЦК України передбачає можливість використання договору приєднання в цивільних правовідносинах.

Вільні публічні ліцензії передбачають приєднання до них шляхом вчинення певних дій (зокрема, відтворення, модифікації, розповсюдження комп'ютерної програми), які виражають волю особи встановити правовідносини, тобто приєднатися до умов вільної публічної ліцензії.

Закон України «Про авторське право і суміжні права» встановлює, що автору та іншій особі, яка має авторське право, належить виключне право

надавати іншим особам дозвіл на використання твору будь-яким одним або всіма відомими способами на підставі авторського договору (ч. 1 ст. 32).

Використання твору будь-якою особою допускається виключно на основі авторського договору, за винятком випадків, передбачених ст. 21–25 Закону України «Про авторське право і суміжні права».

Згідно з ч. 1 ст. 639 ЦК України договір може бути укладений у будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом.

Стаття 33 Закону України «Про авторське право і суміжні права» встановлює вимоги до договорів на право використання творів. Зокрема, ця стаття містить вимогу про те, що договори про передачу прав на використання творів укладаються в письмовій формі.

Частина 2 ст. 1107 ЦК України передбачає, що договір щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності укладається в письмовій формі.

Відповідно до ст. 207 ЦК України правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо його зміст зафіксований в одному або кількох документах, у листах, телеграмах, якими обмінялися сторони.

Правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо воля сторін виражена за допомогою телетайпного, електронного або іншого технічного засобу зв'язку.

Договір про передачу прав на використання творів вважається укладеним, якщо між сторонами досягнуто згоди щодо всіх істотних умов (строку дії договору, способу використання твору, території, на яку поширюється передане право, розміру та порядку виплати авторської винагороди, а також інших умов, щодо яких на вимогу однієї із сторін повинна бути надана згода).

Стосовно таких умов договору, як строк, територія та винагорода в контексті вільних публічних ліцензій, слід враховувати положення ст. 1109 ЦК України (у разі відсутності в ліцензійному договорі умови про територію, на яку поширюються надані права на використання об'єкта права інтелектуальної власності, дія ліцензії поширюється на територію України), ст. 1110 ЦК України

(у разі відсутності в ліцензійному договорі умови про строк договору він вважається укладеним на строк, що залишився до спливу строку чинності виключного майнового права на визначений у договорі об'єкт права інтелектуальної власності, але не більше ніж на п'ять років. Якщо за шість місяців до закінчення зазначеного п'ятирічного строку жодна із сторін не повідомить письмово другу сторону про відмову від договору, договір вважається продовженим на невизначений час), а також ч. 4 ст. 12 ЦК України (особа може за відплатним або безвідплатним договором передати своє майнове право іншій особі, крім випадків, встановлених законом).

Вільні (публічні) ліцензії за формою, змістом можна охарактеризувати як договір, умови якого викладені у публічній заяві. У цій заяві суб'єкт авторського права та (або) суміжних прав визначає умови дозволеного використання відповідних об'єктів. Зазначений тип ліцензії можна віднести до невиключної, безоплатної ліцензії, що має необмежені строк та територію дії.

Вільні публічні ліцензії на використання комп'ютерних програм (вільне програмне забезпечення) звичайно дозволяють безоплатне відтворення, модифікацію та розповсюдження модифікованих комп'ютерних програм на умовах попередньої ліцензії (GNU GPL) або на умовах іншої ліцензії (BSD).

Вільні публічні ліцензії на використання інших творів науки, літератури і мистецтва та об'єктів суміжних прав звичайно дозволяють безоплатне використання відповідних об'єктів в особистих, освітніх та наукових цілях без комерційної мети (Creative Commons).

Термінологія та умови окремих вільних публічних ліцензій наводяться на веб-сайтах розробників цих ліцензій: creativecommons.org, artlibre.org/licence/lal/en. Стосовно вільного програмного забезпечення: www.gnu.org/licenses/gpl.html, www.gnu.org/copyleft/fdl.html.

У разі придбання примірників об'єктів авторського права та (або) суміжних прав вільного користування ці об'єкти мають бути забезпечені договором (або

посиланням на нього), який підтверджує їх належність до об'єктів авторського права та (або) суміжних прав вільного користування.

Цей договір є примірником (електронним, у тому числі у складі файла, що містить відповідний об'єкт авторського права та (або) суміжних прав, окремим файлом та (або) паперовим примірником) вільної публічної ліцензії або посиланням на її офіційний текст, який знаходиться в загальному доступі в мережі Інтернет.

Умови приєднання до вільної публічної ліцензії визначаються у відповідній ліцензії.

Текст вільної публічної ліцензії може бути викладений мовою оригіналу або у вигляді, локалізованому постачальником, якщо така можливість передбачається ліцензією.

Підтвердженням правомірності використання об'єкта авторського права та (або) суміжних прав вільного користування є факт приєднання до неї шляхом вчинення певних дій (зокрема, відтворення, у тому числі запис у пам'ять комп'ютера, модифікація, розповсюдження тощо), а також наявність зазначених вище документів.

У контексті чинного законодавства постає проблема розповсюдження об'єктів авторського права та суміжних прав вільного користування на дисках для лазерних систем зчитування та інших аналогічних носіях.

Відповідно до ст. 3 Закону України «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних» [222] розповсюдження на території України примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм та баз даних, а також їх прокат дозволяються лише за умови їх маркування контрольними марками.

Контрольні марки видаються імпортерам, експортерам та відтворювачам (далі – заявники) примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних на підставі документів, передбачених ч. 1 ст.5

Закону про розповсюдження. Зокрема, відповідно до п. «е» ч. 1 ст. 5 заявники надають копію договору про передачу (відчуження) майнових прав авторів або договори про передачу прав на використання об'єктів авторського права та суміжних прав шляхом їх відтворення та розповсюдження примірників, починаючи з договору, за яким майнові права авторів або права на використання передаються на територію України, або починаючи з договору, за яким майнові права авторів або права на використання передаються від первинних суб'єктів авторського права (у разі виникнення цих прав на території України).

Заявник подає копії зазначених договорів, а також оригінал договору, за яким безпосередньо заявникові передаються майнові права авторів і (або) суб'єктів суміжних прав або права на використання аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних [222].

Після внесення змін до законодавства та передбачення можливості укладання електронної форми договору приєднання на використання об'єктів авторського права та суміжних прав заявник, який одержує контрольні марки для розповсюдження примірників об'єктів авторського права та суміжних прав зможе використовувати вільну публічну ліцензію, якщо в разі приєднання до неї заявнику передається право на розповсюдження відповідних об'єктів. Вільна публічна ліцензія адресована невизначеному колу осіб на невизначеній території і виключає будь-яке безпосереднє адресування, поняття «оригіналу» та «копії» договору тощо. Такі ліцензії, як правило, існують лише в цифровому вигляді (окремий текстовий файл) і є невід'ємною частиною об'єктів, які публікуються авторами згідно з умовами відповідних ліцензій.

Відповідальність за дотримання умов вільної публічної ліцензії під час розповсюдження об'єктів авторського права та суміжних прав вільного користування несе заявник.

Якщо вільні публічні ліцензії мають різні версії, заявник зобов'язується розповсюджувати примірники з дотриманням умов тієї версії ліцензії, якою супроводжується відповідний об'єкт авторського права та (або) суміжних прав.

До заяви на одержання контрольних марок додається вичерпний перелік об'єктів авторського права та (або) суміжних прав, які заявник розповсюджуватиме на умовах вільних ліцензій. У переліку мають зазначатися назва та версія вільної ліцензії, на умовах якої ці об'єкти розповсюджуються. Цей перелік підписується заявником та скріплюється печаткою, якщо заявником є юридична особа.

Заявник несе відповідальність за достовірність поданих документів та дотримання умов розповсюдження об'єктів авторського права та (або) суміжних прав, передбачених вільними публічними ліцензіями.

На підставі викладеного вище видається, що під вільною ліцензією слід розуміти свідомо-вольовий акт правоволодільця зі створення і доведення до загального відома пропозиції про встановлення обтяження належних йому прав використання об'єкта авторського права в межах і на умовах, що визначаються на його розсуд, на підставі принципу безвідкличності і незалежності від додаткової згоди правоволодільця чи інших осіб шляхом надання заздалегідь не визначеному колу осіб права акцепту пропозиції.

Висновки до розділу 2

1. Під ліцензією слід розуміти свідомо-вольовий акт володільця майнового авторського або суміжних прав (ліцензіара) з доведення до потенційного користувача (ліцензіата) пропозиції про встановлення обтяження належного йому права використання об'єкта авторського права і суміжних прав у межах і на умовах, що визначаються на його розсуд, з наданням права ліцензіату права акцепту пропозиції.

2. Під вільною ліцензією слід розуміти свідомо-вольовий акт володільця майнового авторського або суміжних прав (ліцензіара) з формулювання і доведення до загального відома пропозиції (публічна оферта) про встановлення обтяження належного йому права використання об'єкта авторського права і суміжних прав у межах і на умовах, що визначаються на його розсуд, на основі принципу безвідкличності і незалежно від додаткової згоди ліцензіара або інших осіб шляхом надання невизначеному колу осіб права акцепту пропозиції.

3. Вільна ліцензія як юридичний факт є публічною офертою, вчиненням якої обтяжується виключне авторське право або суміжні права. Властивості безвідкличності оферти і пов'язаності оферента мінімізують можливості зловживання з боку суб'єкта легальної монополії на об'єкт інтелектуальної власності, а потенційний користувач абсолютно вільно приймає або не приймає на себе ліцензійні зобов'язання вичерпно визначені умовами вільної ліцензії.

4. Завдання щодо забезпечення легкого механізму надання дозволу правоволодільцем на використання об'єкта авторського права або суміжних прав може бути вирішене двома способами: а) запровадження доктрини *Copyright* у вітчизняне законодавство шляхом надання можливості автору частково відмовитися від особистих немайнових прав або самообмежити на певний строк свої права, дозволивши будь-кому вільне використання відповідних об'єктів у вказаних такою особою межах; б) введення доктрини «Вільні ліцензії» шляхом

надання усім бажаючим можливості використання твору та похідного твору зі збереженням за правоволодільцем контролю у певних питаннях.

5. Кожна із запропонованих моделей має як свої переваги, так одночасно і недоліки.

6. Для запровадження моделі «Вільні ліцензії» додатково слід вирішити такі юридичні підзадачі: (а) проблема ідентифікації сторін договору; (б) проблема ідентифікації предмета договору; (с) проблема виконання форми договору; (d) проблеми встановлення винагороди у договорі і безоплатних договорів між комерційними організаціями; (е) проблема неможливості обмеження особистих немайнових прав автора оригінального твору у зв'язку з необхідністю створення на його основі нових (похідних) об'єктів; (f) проблема поширення умов первісного договору на наступних користувачів.

7. Концепція Copyleft суперечить ч. 3 ст. 12 ЦК України, яка дозволяє відмову від майнового права, разом з тим відмова від особистого немайнового права (право на недоторканність твору, право авторства тощо) не передбачена.

8. Наведений порівняльний аналіз вказаних моделей ліцензійних відносин у авторському праві є перспективним для подальшого дослідження.

9. Вважаємо підтвердженою тезу про те, що передбачена типовими вільними ліцензіями Creative Commons, GNU GPL, Публічною ліцензією ЄС правомочність створювати похідні твори охоплюється правомочністю переробки, що на підставі ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права» входить до складу виключного (майнового) авторського права і не є обмеженням особистого немайнового права автора на недоторканність твору, у зв'язку з чим для введення вільних ліцензій у законодавство України про авторське право не потрібний перегляд законодавства в цій частині.

10. Вільні ліцензії не виступають засобом необґрунтованого обмеження права на відкликання твору, оскільки, по-перше, більшість об'єктів авторського права, що підлягають вільному ліцензуванню (існуючих у цифровій формі), виключені зі сфери дії права на відкликання в силу прямої вказівки закону; по-

друге, засобом подолання можливої колізії між правом на відкриття та інтересами правоволодільців і користувачів стане принцип безвідкличної публічної оферти, якою на нашу думку, є вільна ліцензія.

11. Сформульовані авторські визначення. Розпорядження майновими правами на твір – це можливість автора на власний розсуд здійснити відчуження майнового права у повному обсязі, дозволити використання твору на певних умовах або передати право у заставу. У даному випадку відчуження майнового права на твір є передачею правоволодільцем другій особі права використання твору у повному обсязі, права дозволяти іншим особам використовувати твір на певних умовах і права забороняти використання твору третіми особами, з можливістю подальшої передачі усіх зазначених прав.

Дозвіл використання твору на певних умовах є дозволом правоволодільця третій особі використовувати твір на умовах, вказаних у законі та/або договорі.

РОЗДІЛ 3. ВИДИ І ЗМІСТ ПРАВОМОЧНОСТЕЙ ПРАВОВОЛОДІЛЬЦЯ, ЩО ВИНΙΚАЮТЬ У ЗВ'ЯЗКУ З ЛІЦЕНЗУВАННЯМ АВТОРСЬКИХ І СУМІЖНИХ ПРАВ

3.1. Поняття і види правових форм, що виникають у зв'язку з ліцензуванням авторських і суміжних прав

Загальновизнаною функцією права є регулювання поведінки суб'єктів права через встановлення заходів належної поведінки або певних меж можливої поведінки (правомочностей). Варіанти реалізації суб'єктивних можливостей, зобов'язань і станів у теорії права називаються правовою формою. При створенні результатів творчої, інтелектуальної діяльності, а також при розпорядженні правами на них поведінка суб'єктів права інтелектуальної власності врегульована на національному та міжнародному рівнях. Разом з тим ліцензія і ліцензування як правова форма реалізації майнових прав інтелектуальної власності не була безпосереднім предметом глибокого наукового дослідження. У ліцензійному правовідношенні реалізуються зв'язки суб'єктів, що виникають при акцепті ліцензійних умов, викладених в оферті, у тому числі публічній оферті (відкритій ліцензії). Якщо гіпотетично припустити, що для виникнення представницько-зобов'язальної форми взаємодії осіб, які мають заінтересованість щодо ліцензії, необхідний юридичний склад, який має складатися з таких фактів-елементів:

- 1) юридичного факту волевиявлення активної сторони;
- 2) факту доведення до загального відома пропозиції про встановлення обтяження, що належить оференту права використання об'єкта авторського права на визначених ним умовах;
- 3) факту використання пасивною стороною права акцепту.

У вітчизняному законодавстві на даний момент не існує можливостей розширення цивільно-правових форм розпорядження майновими правами інтелектуальної власності у формі ліцензії-дозволу, у тому числі шляхом запровадження відкритих ліцензій. Зазначена юридична проблема стримує розвиток ринку ліцензування, а також не відповідає сформованим методам ведення бізнесу у сфері розробки комп'ютерних програм, фотографії, музики.

Науковий аналіз проблем запровадження моделі секундарних прав для врегулювання відносин, що виникають при видачі ліцензії на використання об'єктів авторського права і суміжних прав, здійснювався багатьма вітчизняними та зарубіжними вченими, серед яких слід відзначити теоретиків права О. О. Красавчикова, В. А. Белова, М. М. Агаркова, Г. Ф. Шершеневича, О. С. Іоффе, Є. О. Суханова, Р. О. Халфіної, А. Г. Певзнера, Е. Зеккель, а також фахівців у галузі права інтелектуальної власності В. О. Калятіна, І. О. Соболя, В. А. Дозорцева, С. Ю. Бурлакова. Ліцензія як форма розпорядження правами інтелектуальної власності була розкрита у роботах зазначених авторів описово. Слід констатувати, що останнім часом змінилися фактичні відносини, що виникають між користувачами і правоволодільцями.

Ще за радянських часів О. О. Красавчиков зазначав, що юридична наука ще не доклала необхідних зусиль у дослідженні категорії правової форми (поняття, сутність, функції, диференціація), і саме в силу цього відбувається ототожнення хоча і взаємопов'язаних, але різних за рівнем, змістом і функціональним призначенням юридичних форм, що використовуються в регулюванні суспільних відносин [71, с.7]. У подальшому даний підхід був розвинений В. А. Беловим, який вказував на те, що поведінкові можливості суб'єктів, небайдужі для права, можуть формалізуватись за різними характеристиками, залежно від їх змісту. На його думку, цивільно-правова форма – це результат наукового аналізу випадків оцінки суспільних відносин та їх елементів нормами цивільного права, який може виражатися у ствердженні або запереченні можливості і (або) необхідності певної поведінки учасників цих відносин [72,

с.195]. У результаті аналізу В. А. Белов дійшов висновку, що до категорій юридичної науки, що визначаються через поняття можливості і необхідності, слід відносити: 1) цивільні правовідносини; 2) цивільну правосуб'єктність; 3) секундарні права, 4) публічні обмеження та приватні обтяження цивільних прав; 5) кредиторські обов'язки, а також деякі інші [49, с.196; 72, с.211].

Думки про те, що форми правової оцінки реальної дійсності не охоплюються лише категорією «правовідносини», висловлювалися багатьма вченими, зокрема, при розгляді правового регулювання секундарних прав. Так, А. Г. Певзнер вказував, що правовідносини є формою суспільних відносин, тобто відносин між людьми, зміст яких становить сукупна поведінка цих людей ... Звідси неминуче випливає висновок, що неможливе існування такого суспільного відношення і закріплення його правом, зміст якого становила б поведінка лише одного учасника [73, с.16]. Дотримуючись такого посилу, автор продовжує і вказує, що часто різноманіття зв'язків між суб'єктами не вкладається у конструкцію представницько-зобов'язальної моделі правовідносин. Правовий зв'язок між учасниками конкретних суспільних відносин не обмежується виключно закріпленням їх шляхом надання суб'єктивних прав одним і покладання обов'язків на інших. Досліджуючи договори, укладені за відкладальною умовою, А. Г. Певзнер робить висновок про те, що зміст правовідношення не вичерпується сукупністю прав і обов'язків його учасників. Зміст правовідношення становить суб'єктивне право з відповідним правовим обов'язком, а в деяких випадках за наявності частини фактичного складу – взаємною пов'язаністю учасників даного правовідношення, виникає у повному обсязі у разі появи фактичного складу в цілому [73, с.12–16]. Видається, що з цього не випливає висновок про існування інших правових форм, а лише зміщується акцент на юридично значимі зв'язки суб'єктів у межах цивільного правовідношення.

Переходячи до питання про ліцензування прав інтелектуальної власності, видається доцільним розглядати його на прикладі майнових авторських прав, а

особливо, якщо дослідити таку цивільно-правову форму розпорядження майновими авторськими і суміжними правами, як ліцензія.

Зміст права інтелектуальної власності становить можливість уповноваженого суб'єкта надавати дозвіл (ліцензію) на використання нематеріального об'єкта протягом певного терміну і на визначеній території, при встановленій законом забороні усім третім особам на використання цього об'єкта. Отже, фактично, законом встановлюється тимчасова монополія автора та суб'єкта суміжних прав на використання свого творчого результату.

Право інтелектуальної власності, включаючи авторське право і суміжні права, є виключним, поширюється не лише на чітко визначений об'єкт, а й на тотожні або схожі об'єкти, має самостійну економічну цінність і може відчужуватись (обертатись у цивільному обігу). Тому право інтелектуальної власності методологічно будується на негативному обов'язку будь-якої особи утриматись від спеціально несанкціонованих правоволодільцем або законом дій з використання охоронюваного об'єкта. Легальним способом подолання такої тимчасової монополії є отримання ліцензії-дозволу на використання об'єкта, що охороняється.

Слід зазначити, що виключне (майнове) авторське право/суміжні права є юридичним забезпеченням трьох видів поведінкових можливостей (правомочностей) ліцензіара як правоволодільця: а) здійснювати встановлені законом дії щодо об'єкта авторського права і суміжних прав (об'єкта права); б) вчиняти дії (правочини) безпосередньо щодо майнового права; в) вимагати від усіх третіх осіб, що мають або можуть мати доступ до твору або об'єкта суміжних прав, утримуватись від використання зазначених об'єктів від використання їх, а також не перешкоджати правоволодільцю (ліцензіару) здійснювати його права в іншій спосіб.

Зміст юридичного обов'язку, що кореспондується суб'єктивному майновому авторському (або суміжному) праву, ширший, ніж просто обов'язок

утриматись від несанкціонованого використання об'єкта авторського права і суміжних прав. Зміст обов'язку користувача (ліцензіата) полягає в:

а) утриманні від створення правоволодільцю будь-яких перешкод у здійсненні права;

б) утриманні від учинення дій, що входять до правомочностей правоволодільця щодо об'єкта авторського права і суміжних прав (не використовувати, не володіти об'єктом у випадках, встановлених законом);

в) підкоренні діям правоволодільця в межах встановленого виду і міри, не виходячи за межі здійснення його права;

г) необхідності вчинення дій, спрямованих на усунення правопорушення та їх наслідків. Під здійсненням суб'єктивного цивільного права ми розуміємо поведінку правоволодільця або іншої уповноваженої особи, що відповідає змісту забезпечених законом правомочностей. Умови здійснення права – це нормативно встановлені вимоги до суб'єкта і процесу здійснення права. Вимоги до процесу здійснення права включає у себе: процедурні вимоги здійснення права, умови про строк здійснення права, умови про обов'язковість здійснення права і межі здійснення права. Вимоги до суб'єкта здійснення права полягають у вимогах про відповідність необхідному рівню дієздатності і спеціальному правовому статусу.

З аналізу ст.1, 15, 20, 26, 27, 39, 40, 41 Закону України «Про авторське право та суміжні права», гл. 35, 36 ЦК України зміст майнового авторського (суміжних) права становлять три групи правомочностей:

1) правомочність на дії з об'єктом авторського права і суміжних прав, що складається з двох підправомочностей:

1.1 використання твору або об'єкта суміжних прав;

1.2 володіння об'єктом (мається на увазі юридично забезпечена можливість мати доступ до об'єкта авторського права і суміжних прав. У даному разі юридичне забезпечення правомочності володіння об'єктом права стає елементом у структурі суб'єктивного майнового авторського права (суміжних

прав), що нерозривно пов'язано з ним. Так, наприклад, забезпечити реалізацію правомочності володіння у разі, якщо правоволоділець позбавлений володіння об'єкта як матеріалізованої (тілесної) форми, здатне право доступу автора до твору образотворчого мистецтва (ст. 26 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Це право виступає одночасно і способом забезпечення реалізації правомочності автора, і способом захисту майнового права. Разом з тим, як убачається, право доступу варто поширювати не лише на твори живопису, а й на скульптуру як вид образотворчого мистецтва, на фотографічні твори, твори архітектури, що мають художню цінність);

2) правомочність вимоги, що складається з двох підправомочностей:

2.1 правомочності висування вимоги про належне виконання юридичного обов'язку;

2.2 правомочності до застосування засобів правоохоронного характеру;

3) правомочність розпорядження майновими авторським і суміжними правами складається з трьох підправомочностей:

3.1 правомочності припинення права майнового права;

3.2 правомочності обтяження права;

3.3 встановлення правонаступника у разі переходу права в порядку універсального правонаступництва.

Правомочність з використання об'єкта авторського права і суміжних прав є юридично забезпеченою можливістю правоволодільца:

1) з відтворення (виготовлення примірників творів та об'єктів суміжних прав у будь-якій матеріальній або об'єктивній формі) або втілення (надання матеріальної або об'єктивної форми) об'єкта;

2) з введення об'єкта у цивільний оборот шляхом надання об'єкта для використання третім особам, а також підготування до введення у цивільний оборот;

3) з надання дозволу на використання об'єкта.

Правомочність вимоги як елемент змісту майнового права розкривається через юридично забезпечену можливість правоволодільця впливати на будь-яку особу з метою отримання від неї належної поведінки, що обумовлена юридичним обов'язком, що кореспондується виключному (майновому) авторському або суміжному праву, шляхом повідомлення про факт власного правоволодіння, а також шляхом висування вимоги про припинення дій, що порушують або створюють загрозу порушення майнових авторських і суміжних прав, у тому числі звертатись за застосуванням засобів правоохоронного характеру. Загальноприйнято вважати виключність права інтелектуальної власності як право забороняти використання всім третім особам. Останнім часом таке розуміння природи права інтелектуальної власності піддається критиці. Так, право забороняти є правомочністю вимоги певної чужої поведінки як елемент будь-якого суб'єктивного права.

Здійснення суб'єктивного права є поведінкою правоволодільця або іншої уповноваженої особи, що відповідає змісту правомочностей, що забезпечені правоволодільцю законом. Умови здійснення права – це нормативно встановлені вимоги до суб'єкта і процесу здійснення права. Вимоги до процесу здійснення права включають до себе: процедурні вимоги здійснення права, умови про строк здійснення права, умови про обов'язковість здійснення права і межі здійснення права. Вимоги до суб'єкта здійснення права – це вимога про відповідність необхідному рівню дієздатності і спеціальному правовому статусу.

З наведеного вище випливає, що розпорядження виключним правом шляхом його обтяження означає встановлення інших суб'єктивних прав, які обмежують здійснення виключного права: право ліцензіата за ліцензійним договором, право заставодержателя при заставі майнового права тощо. Суб'єкт виключного права своєю волею обмежує своє право у здійсненні в більшій чи меншій мірі; при цьому ідеальна інформаційна природа об'єкта виключного права визначає правові механізми такої форми розпорядження правом, зокрема, наявність

інституту невиключних ліцензій (можливість надання права використання об'єкта одним і тим самим способом необмеженому колу осіб).

Зміст правомочності розпорядження виключним правом (вид і характер розпорядчого правочину) у значній мірі обумовлений природою об'єкта права. Це проявляється в тому, що нематеріальна сутність об'єктів авторського права і суміжних прав (крім усних творів і виконання) передбачає неможливість їх знищення (за аналогією зі знищенням речі як однієї з форм розпорядження нею). Однак знищення останнього або єдиного матеріального носія або іншої об'єктивної форми об'єкта хоча і не означає втрату самого об'єкта виключного права, але неминуче призведе до значних ускладнень у здійсненні такого виключного права, а найчастіше – до неможливості його здійснення.

Зважаючи на зазначене, можна зробити такі проміжні висновки:

1. Правомочність розпорядження майновим авторським і суміжним правом визначається як юридичне забезпечення можливостей (правомочностей) правоволодільця своїми діями припинити виключне право, встановити обмеження у здійсненні права або інші обтяження в праві, а також визначити правонаступника на випадок переходу права в порядку спадкування або в результаті реорганізації юридичної особи.

2. Таку правомочність можна виразити у вигляді суми трьох субправомочностей: субправомочності з припинення права (реалізоване у вигляді відчуження (відступлення) права або відмови від нього), субправомочності з обтяження права і субправомочності з визначення правонаступника на випадок переходу права в порядку спадкування або в результаті реорганізації юридичної особи. Дані субправомочності можуть бути не у всіх майнових (виключних) правах.

3. Зміст правомочності розпорядження обумовлений сутнісними і функціональними особливостями об'єктів майнових (виключних) прав.

Належну поведінку зобов'язаного суб'єкта у виключних правовідносинах необхідно забезпечити уповноваженій особі для здійснення його права і

досягнення того соціально значущого результату, заради якого право було встановлено. Можливість правоволодільця впливати на зобов'язаних осіб з метою отримання від них належної поведінки забезпечена так званою негативної стороною виключного права – правомочністю вимоги чужої поведінки. Використовуючи правомочність вимоги, правоволоділець вказує зобов'язаній особі на необхідність виконання її юридичного обов'язку, при цьому уповноважений суб'єкт має право вимагати лише такої поведінки, яка обумовлена змістом юридичного обов'язку.

Характерною особливістю юридичного обов'язку в абсолютних правовідносинах є те, що він встановлюється й існує незалежно від волі особи зобов'язаного, і частіше – без його відома. Г. Ф. Шершеневич справедливо вказував, що права абсолютні охороняються проти кожного, на кому лежить обов'язок [94, с.128]. З моменту виникнення суб'єктивного абсолютного права будь-яка особа, крім уповноваженої, стає зобов'язаною вже одним фактом встановлення права, і до моменту, коли зобов'язана особа дізнається про існування свого обов'язку, зв'язок між нею і уповноваженою особою все ж існує, але на рівні абстрактного статичного правового зв'язку, хоча безпосередньої взаємодії між суб'єктами правовідносин немає. Однак про відсутність правового зв'язку до моменту інформування особи про свій обов'язок говорити не доводиться, тому що юридичний обов'язок вже виник, об'єктивно існує і має виконуватися його носієм.

У теорії права правовий обов'язок визначають як міру належної поведінки зобов'язаного суб'єкта, необхідного для здійснення можливої поведінки уповноваженого суб'єкта. Обов'язок, що кореспондується суб'єктивному праву, є одним із видів цивільно-правових обов'язків поряд з обов'язками із загальної заборони й іншими обов'язками, що виникають у зв'язку із здійсненням суб'єктивних прав і виконанням правових обов'язків. В абсолютних правовідносинах, які на відміну від договірних зобов'язальних правовідносин виникають не як результат узгодженого волевиявлення, обсяг і зміст обов'язку

визначений законом, а умови обов'язку сформульовані як загальний припис, зміст якого конкретизується в правовідносинах залежно від того, як правомочна особа здійснює належні йому правомочності. Основна складова змісту обов'язку, що кореспондується виключному праву, встановлена через загальне правило, сформульоване у ст. 424 ЦК України. Зазначена норма поклала обов'язок на всіх осіб, що протистоять правоволодільцю у правовідносинах, утримуватися від використання об'єкта авторського права і суміжних прав без згоди правоволодільця. Якщо проводити порівняння з абсолютними речовими правовідносинами, то обов'язок у них має дещо іншу спрямованість: не чинити перешкод у здійсненні уповноваженою особою власних дій з об'єктом права. Таке непершкодження власнику в здійсненні позитивних правомочностей неминуче включає утримання від безпосереднього володіння і користування річчю, оскільки завжди призведе до позбавлення (або значного обмеження) можливості уповноваженої особи впливати на річ. В абсолютних виключних правовідносинах ці два різновиди бездіяльності суб'єктів правового обов'язку набувають самостійного значення, оскільки саме по собі використання об'єкта виключного права без згоди уповноваженої особи ще не створює перешкод останньому у здійсненні власних дій з цим об'єктом.

Суб'єкт виключного права не менш заінтересований у безперешкодному використанні об'єкта свого права, тоді як такі перешкоди об'єктивно можуть бути встановлені, наприклад, адміністративним актом, володільцем єдиного примірника твору, що не допускає до нього автора тощо. Крім того, всі ці дії здатні призвести до значних збитків у правоволодільця. Підхід до розгляду утримання від дій, що перешкоджають здійсненню виключного права, як складового елементу правового обов'язку в абсолютних виключних правовідносинах убачається, правильним, оскільки він відповідає принципу безперешкодного здійснення цивільних прав (ст. 3, 13 ЦК України).

Зобов'язаному суб'єкту може не подобатися обраний правовласником варіант здійснення свого права, але заявити він про це може лише тоді, коли

правомочна особа виходить за встановлені межі здійснення права. У змісті цивільно-правового обов'язку необхідність зазнавати дій уповноваженої особи має самостійне значення, оскільки гарантує правоволодільцю свободу від вимог третіх осіб з приводу вибору способу здійснення суб'єктивного права. Оскільки прийнято вважати, що реалізація абсолютних прав забезпечується поведінкою невизначеного кола осіб, яка виражається в утриманні від дій, що перешкоджають реалізації права, і виходячи з того, що головне завдання правового впливу на суспільні відносини – через систему правовідносин визначити зміст обов'язку, щоб його виконання приводило до задоволення інтересу уповноваженої особи, вважаємо, що обов'язок у виключних правовідносинах поряд з утриманням від використання об'єкта так само має включати в себе утримання від вчинення перешкод у здійсненні виключного права.

Таким чином, правовий обов'язок, що кореспондується виключному праву, передбачає таку поведінку зобов'язаної особи, при якій вона має:

а) зазнавати вплив поведінки уповноваженої особи, що знаходиться у межах встановлених виду і міри і не виходить за межі здійснення її права;

б) утримуватися від вчинення дій, що становлять опосередковані правом можливості уповноваженої особи щодо об'єкта права (не використовувати об'єкт і в певних законом випадках не мати об'єкт);

в) утримуватися від встановлення перешкод у здійсненні уповноваженою особою свого права.

Така поведінка зобов'язаної особи є пасивною і може бути визначена через категорію бездіяльності.

Вказати на параметри обов'язку пасивної сторони виключних правовідносин правоволоділець здатен з моменту набуття виключного права, в авторському праві – з моменту створення об'єкта. Однією з форм здійснення правомочності вимоги є просте пред'явлення вимоги про належне виконання юридичного обов'язку. Пред'явлення вимоги може полягати у звичайному

повідомленні про факт власного правоволодіння, адресованому як невизначеному колу осіб, так і визначеній конкретній особі. Повідомлення невизначеного числа осіб досягається за допомогою застосування знаку охорони виключного права на матеріальному носії результату інтелектуальної діяльності.

Правоволоділець виключного права здатен примусово впливати на зобов'язану особу, яка оспорує, порушує або яка має намір порушити його право, вдаючись до заходів правоохоронного характеру, з метою досягнення від останнього належної поведінки. Однак принциповим залишається питання про природу такої правової можливості: вона є можливістю, наданою в рамках виключного права, або це самостійне суб'єктивне право. Зауважимо, що правомочність захисту не є предметом даного дисертаційного дослідження. Разом з тим вважаємо, що для захисту виключних прав не передбачено конструкцій, подібних віндикаційному або негаторному позову. Проте заявити вимоги про припинення порушення виключного авторського або суміжного права і відновлення становища, яке існувало до порушення права, автор (суб'єкт суміжних прав) може, використовуючи загальні способи захисту (ст. 16 ЦК України) і спираючись на принцип безперешкодного здійснення цивільних прав (ст. 3 ЦК України). Такі вимоги слід вважати такими, що реалізуються в межах абсолютних виключних правовідносин. У цьому випадку обов'язок протистоїть уповноваженій у виключних правовідносинах особі і може трансформуватися з пасивно-бездіяльної в необхідність здійснення активної дії – усунення перешкоди на шляху здійснення правоволодільцем свого виключного права. Звісно ж, що природа абсолютних цивільних правовідносин дещо складніше, ніж прийнято вважати, тобто юридичний обов'язок, що кореспондується абсолютному праву, може обумовлювати не лише бездіяльність, а й активні дії. Підтвердження цьому знаходимо у О. С. Іоффе, який, наполягаючи на розумінні абсолютно-правового обов'язку як пасивної діяльності (у сенсі бездіяльності), побічно погоджувався з наявністю активно зобов'язаних осіб, що протистоять

власнику у конфліктній стадії розвитку правовідносин власності. При цьому вказувалося, що поява активно зобов'язаних перед власником осіб можлива лише у двох випадках: або якщо «відносини власності знаходяться в аномальному стані», або якщо «на їх основі виникли нові правовідносини ... іншого характеру, що виходять за межі юридичних відносин власності». Звернемо увагу, що автор не ототожнював обидва випадки, тобто, за логікою О. С. Іоффе, віндикація, наприклад, не є новими, що виходять за межі юридичних відносин власності, правовідносинами. Виходячи з усього сказаного, теорія самостійного охоронного права на захист, хоча і видається перспективною, але не є концептуально завершеною. Тому ми приєднуємося до традиційного розуміння права на захист як структурно-сукупного елемента порушеного суб'єктивного права, вважаючи, що можливості захисту права слід розташувати в рамках правомочності вимоги.

Оскільки питання про природу ліцензії не стало досі предметом глибокого дослідження, то й питання про природу права на ліцензування спіткала та сама доля. На перший погляд, очевидно є сумнівність можливості віднесення такого права до категорії суб'єктивних (прав вимоги), оскільки воно якби передуює виникненню суб'єктивних прав. Реалізація права на ліцензування створює лише передумову для виникнення суб'єктивних прав після акцепту ліцензії. А. Б. Бабаєв дотримується думки, що секундарні права є різновидом відносних суб'єктивних цивільних прав, поряд з правами вимоги (тобто суб'єктивними правами, які традиційно протиставляються секундарним), оскільки уповноваженому суб'єкту належить виключна можливість задовольнити власний інтерес, яке може служити предметом судового захисту та здатне до передачі у порядку універсального правонаступництва [78, с.5]. Вбачається, що, зіставивши цю правову можливість із категорією секундарних прав, можна зробити висновок про те, що секундарні права є проміжною категорією між правоздатністю як такою і суб'єктивним правом. Під таким кутом зору заслуговує уваги позиція С. В. Третьякова, відповідно до якої

секундарному праву не відповідає обов'язок. Це створює проблему для трактування секундарного права як суб'єктивного в тому разі, якщо вважати ознакою суб'єктивного права його нерозривний зв'язок з відповідним йому юридичним обов'язком у правовідносинах, а правовідносини розуміти виключно в їх класичній представницько-зобов'язальній моделі (право – обов'язок). Рішення описаної проблеми може полягати у можливості юридичної кваліфікації секундарного права як особливої правомочності. Специфіка такої правомочності полягає у тому, що цьому поняттю притаманна більшість ознак суб'єктивного права, але вона не реалізується у правовідносинах [79, с.255].

Для вирішення правової невизначеності німецькою класичною доктриною цивільного права була висунута теза про те, що розпорядчі можливості слід конструювати як особливі правомочності, що не входять до складу відповідного суб'єктивного права [79, с.256]. Е. Зеккель запропонував іменувати такі правомочності розпорядчими (перетворюючими) правами (*Gestaltungsrechte*) або секундарними правами [80, с.211; 81, с.241]. На думку Е. Зеккеля, приватне секундарне право слід визначити як суб'єктивне (конкретне) приватне право, зміст якого полягає у можливості встановити (перетворити) конкретні юридичні відносини за допомогою односторонньої угоди [80, с.211]. В. А. Белов вважає, що секундарне право є системою юридично захищених і визнаних правопорядком можливостей правоздатної особи придбати те чи інше суб'єктивне право та уповноваженої особи – мати суб'єктивне право, що набувається, здійснювати його (у тому числі – охороняти і захищати), а також розпоряджатися ним (визначати його юридичну долю) [82, с.552]. А. Б. Бабаєв розглядає секундарні права як можливість власними діями викликати настання бажаних наслідків – виникнення, зміну або припинення прав та обов'язків [83, с.7]. З погляду А. В. Єгорова, під *Gestaltungsrechte* розуміють такі права, завдяки яким уповноважена особа безпосередньо впливає на правове становище іншої особи, проти якої реалізується право, без будь-якого сприяння з її боку [84, с.245]. З наведеного найбільш виваженою точкою зору є думка Е. Зеккеля про

те, що секундарним правам зі змістовної точки зору притаманні дві загальні риси:

а) вони здійснюються за допомогою приватного волевиявлення – правочину, яке поєднується з прийняттям державного акта, так і без такого;

б) їх зміст є не наявне безпосереднє панування над об'єктом, особою, річчю, майновим або нематеріальним благом, а, навпаки, можливість в односторонньому порядку створити, припинити або змінити, одним словом, перетворити одне з прав панування (*die Herrschaftsrechte*) [80, с.208], а також доданий згодом А. фон Туром як особливість секундарних прав елемент втручання в чужу правову сферу, тобто встановлення, зміну або припинення прав для іншої особи [79, с.259] (хоча Е. Зеккель писав про це в контексті дослідження секундарних прав, без віднесення їх до ознак).

Традиційно до секундарних прав у сфері договірної права відносять право на відмову від договору або його зміни в односторонньому порядку, право вибору в альтернативному зобов'язанні, право на витребування виконання, право на зміну виду виконання, визначеного раніше, право акцептанта при отриманні оферти, право давати або відмовити у дачі згоди (схвалення) тощо.

Видається, що право на відкрите (вільне) ліцензування і секундарні права мають спільні риси, оскільки в основі механізму надання відкритої (вільної) ліцензії лежить акт одностороннього волевиявлення уповноваженого суб'єкта, що справедливо і для секундарних прав. Як зазначав Е. Зеккель, засобом перетворення правовідносин секундарним правом є односторонньо виражене в угоді волевиявлення [80, с.211]. Волевиявлення в зазначених явищах не ставиться у залежність від згоди чи незгоди третіх осіб. Як пише В. А. Белов, володілець секундарного права користується абсолютною владою у питанні здійснення такого і, отже, отримує можливість набути те чи інше конкретне суб'єктивне право, нічого не надаючи натомість тим суб'єктам, яким доведеться забезпечувати суб'єктивне право, що набуто (припинення або зміну) особою, яка здійснила секундарне право [49, с.553].

Також ці правові явища пов'язані з встановленням прав на права (права панування). С. В. Третьяков, стаючи на позицію А. фон Тура, вказує, що об'єктом секундарних прав є виникнення, зміна або припинення інших прав (так званих прав панування, тобто прав, що надають можливості панування над об'єктами – індивідуально-визначеними речами (речові права) або поведінкою зобов'язаної особи (зобов'язальні права [79, с.260]. Відкрита (вільна) ліцензія передбачає надання права панування над правом використання об'єктів авторського права тим чи іншим способом, визначеним у оферті-ліцензії.

Реалізація правомочності надати можливість використання об'єкта авторського права за відкритою (вільною) ліцензією так само, як і реалізація секундарних прав, забезпечується обов'язком утриматися від будь-яких дій, здатних обмежити волю уповноваженого суб'єкта. Подібні домагання третіх осіб вилучаються зі сфери їх правоздатності. Як справедливо зазначає В. А. Белов, дії, що становлять зміст секундарних прав, вчинені особою, яка не має правомочностей, або вчинені поза обсягом правоздатності, є юридично не належними (неможливими), а отже неправомірними діями. Завдяки цьому неправоздатність можна визнати засобом забезпечення секундарних прав – конкретизованої (динамічної) складової правоздатності [49, с.555].

Якщо розглянути під цим кутом ліцензію, у тому числі відкриту (вільну), то з змістовної точки зору вона є обтяженням виключних (майнових) прав. Вільна ліцензія є не відмовою від копірайту, а наданням деяких свобод у використанні об'єкта. Ці свободи за обсягом ширші, ніж передбачають правила добросовісного використання. Їх точні контури залежать від вибору автора [85, с.251]. Вбачається, що правильніше говорити про самообмеження прав, свідомо і добровільно вчиненого правоволодільцем.

Разом із зазначеним вище у складі секундарних прав можна виділити окремі різновиди. Так, А. Б. Бабаєв виділяє права, що уповноважують на дії (права контролю), зміст яких полягає у можливості одностороннім волевиявленням дозволити (заборонити) суб'єкту здійснити юридично значимі дії (насамперед,

правочин) щодо третьої особи [83, с.10]. Е. Зеккель такі секундарні права щодо правоздатності уповноваженого суб'єкта називав правовим становищем права, що погіршує становище суб'єкта права втручання, оскільки їх здійснення приносить у жертву обсяг власної уповноваженості, спрямоване лише до невігоди власної, але на користь чужої правової сфери [80, с.214].

Оскільки позитивне законодавство (ст.641, 642, 643 ЦК України) передбачає право на акцепт і право на відмову від акцепту, які є правовим явищем одного з правом на оферту порядку, то такі права повністю можна віднести до категорії секундарних прав.

У юридичній літературі висловлювалася і протилежна думка. Так, І. А. Соболев вказував, що секундарні права мають похідний характер, оскільки їх перетворювальна дія спрямована на вже існуюче до моменту їх виникнення зобов'язання. Іншими словами, секундарні права не можуть бути підставою виникнення зобов'язальних правовідносин, а лише є підставою його перетворення. Реалізація секундарних прав, відбувається шляхом вчинення уповноваженим суб'єктом одностороннього правочину, а при акцепті вільної ліцензії укладається ліцензійний договір – двостороння угода. Право на вільне ліцензування є правом зробити публічну оферту, і воно не може розглядатися як секундарне, оскільки не породжує стану пов'язаності пасивного суб'єкта [77, с.137].

Як зазначає С. В. Третьяков, терміном «стан пов'язаності» виражається становище, за якого особа зазнає змін у своїй правовій сфері, що вчиняються іншим суб'єктом. Для стану юридичної пов'язаності характерна незалежність правових наслідків, що настають від поведінки пасивного суб'єкта [79, с.259]. А. Г. Певзнер, зокрема, розглядав секундарні права як юридичну форму взаємної пов'язаності поведінки двох або більше конкретних осіб, тобто щось більше, ніж прояв правоздатності, але щось менше, ніж суб'єктивні права [73, с.15]. А. Б. Бабаєв вважає, що секундарні права помітно відрізняються від інших суб'єктивних цивільних прав. Їм протистоїть не обов'язок, а лише зв'язаність

пасивного суб'єкта [86, с.9]. Оферта є єдиним інститутом зобов'язального права, який в силу прямої вказівки закону породжує стан пов'язаності. Відповідно до ч. 1 ст. 641 ЦК України оферта пов'язує особу, що її направила, з моменту її отримання адресатом. Однак стан пов'язаності вона створює не у пасивної, а у активної сторони – уповноваженої робити оферту особи, оскільки пропозиція укласти договір (оферту) має містити істотні умови договору і виражати намір особи, яка зробила таку пропозицію, вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття (ч. 1 ст. 641 ЦК України). Аналогічні положення містяться в п. 2 ст. 435 Цивільного кодексу Російської Федерації [87].

Вбачається, що зазначені позиції є аргументованими. Підтверджує справедливність даного твердження і думка О. С. Іоффе про те, що суб'єктивному праву завжди протистоїть чий-небудь обов'язок. Але той, хто, наприклад, направив кому-небудь оферту, нічим не зобов'язаний перед її адресатом, а лише пов'язаний можливістю отримання від нього акцепт у встановлений термін [88]. Ця позиція розділяється М. І. Брагінським і В. В. Вітрянським, які вказують, що наслідком оферти служить зв'язаність оферента [89, с.201].

Оферент, використовуючи можливість, що випливає з його правоздатності, створює стан пов'язаності для себе особисто. З огляду на це слід погодитися з думкою С. В. Третьякова, який відзначив, що породження прав і обов'язків для самого себе є загальним правилом, проявом автономії волі і охоплюється категорією правоздатності [79, с.259]. Отже, право на оферту як юридична категорія, позбавлене сенсу і повинно розглядатися як складова частина правосуб'єктності (здатності мати, набувати, змінювати і припиняти цивільні права і нести, набувати і виконувати юридичні обов'язки).

Крім того, акцептом оферти вчиняються договори, а в силу ч. 3 ст. 202, 461 ЦК України договори є двосторонніми правочинами, що знову повертає нас до вже зазначеного вище питання про правові форми здійснення секундарного права. Традиційна точка зору зводиться до тези про те, що секундарне право

реалізується виключно за допомогою одностороннього правочину. На думку М. І. Брагінського і В. В. Вітрянського, загальним визнанням серед цивілістів користується позиція, відповідно до якої пропозиція (оферта) і прийняття пропозиції (акцепт) є лише складовими частинами двосторонньої угоди – договору. Волевиявлення однієї з осіб, які виявили свою волю (оферента), спрямоване на одержання відповідного волевиявлення іншої особи (акцептанта), в результаті чого виникає загальний вольовий акт, договір, що приводить до досягнення зустрічних результатів, бажаних для них [89, с.201]. О. О. Красавчиков вважав, що договір є не сумою двох односторонніх угод, а тим кінцевим результатом, у якому воля сторін знаходить своє загальне вираження, тобто єдиним, з юридичної точки зору, вольовим актом [71, с.12].

Із зазначеного вище можна зробити висновок, що право на вільне ліцензування (як право на оферту) не можна розглядати як різновид прав очікування, оскільки, на відміну від останніх, воно реалізується шляхом вчинення уповноваженим суб'єктом власних дій, при цьому не забезпечується ні закріпленням законом обов'язком пасивної сторони, ні можливістю вимагати відшкодування збитків у разі невиконання або неналежного виконання такого обов'язку.

На жаль, нинішній рівень юридичних знань не дозволяє поки що вирішити це питання, так само, як і питання про деякі інші правові форми, що не укладаються в існуючі класифікації. Так, В. А. Белов символізував існування особливих правових форм, що належать до категорії рефлексивних правових ефектів, коли розглядав правову природу можливостей з використання ділянок загального користування: законодавець мимоволі закріплює можливість будь-кого і кожного користуватися такими ділянками для забезпечення своїх особистих (споживчих) потреб. Громадяни можуть користуватися такими ділянками для переміщення (можуть ходити і їздити по дорогах на особистому і громадському транспорті), для відпочинку, для зупинки і стоянки особистих транспортних засобів; вони можуть оглядати пам'ятки, що знаходяться на таких

ділянках; вони можуть забирати воду, купатися і пересуватися по водних об'єктах, займатися риболовлюю; вправі перебувати в лісах, здійснюючи там збір трав, ягід і грибів, а також (при дотриманні спеціальних умов) займатись полюванням. Перераховані вище юридичні можливості – це не суб'єктивні права, оскільки неможливо вказати на носія кореспондуючих їм юридичних обов'язків, і не елементи правоздатності, оскільки ці можливості стосуються конкретних об'єктів цивільного обороту (тобто вони позбавлені достатньою мірою абстракції). Перед нами якась особлива правова форма, причому така, що відноситься до розряду рефлексивних правових ефектів [49, с.200]. Однак слід визнати той факт, що такого роду поведінкова можливість впливає з наявності правоздатності, оскільки, як писав С. В. Третьяков, породження прав і обов'язків для самого себе є загальним правилом, проявом автономії волі і охоплюється категорією правоздатності [79, с.259].

3.2. Правомочності суб'єкта, що реалізуються поза правовідношення в авторському праві і суміжних правах

Світовий досвід застосування інституту вільних ліцензій, дозволяє без порушення авторських прав створювати похідні твори, сприяє активізації аматорської творчості, а розробникам комп'ютерних програм дозволяє використовувати вільне програмне забезпечення (програми з відкритим вихідним кодом) у складі своїх творчих рішень, внаслідок чого знижуються витрати на створення, використання і підтримку таких програм. Запровадження цього інституту відкриває широкі можливості для освітньої та науково-дослідної діяльності, завдяки створенню правової основи для безоплатного поширення наукового знання, наприклад, згадувана вже модель «Вікіпедія. Вільна енциклопедія» Він став новим правовим інструментом комерціалізації інтелектуальної власності, особливо у сфері аматорської творчості. Останнім часом сучасний законодавець обрав два основні напрями у сфері авторського

права: посилення правової охорони, у тому числі за допомогою адміністративно-правових заходів впливу, та розширення диспозитивності.

Право на вільне ліцензування є реалізованою у правовому полі можливістю суб'єкта авторського права добровільно обтяжувати себе станом пов'язаності, а його реалізація є юридичним фактом, з яким пов'язується виникнення секундарного права на акцепт для особи, що заздалегідь не визначена, але виявила бажання використовувати об'єкт авторського права на визначених умовах. Разом із тим видання праволодільцем вільної ліцензії є цивільно-правовою формою реалізації правомочностей автора на твір.

Цивільне і авторське законодавство в Україні не передбачає такої можливості. Більш того, ч. 3 ст. 269 ЦК України прямо забороняє передачу або відмову від особистого немайнового права, у тому числі особистого немайнового права автора. Така нормативна позиція в умовах сучасного електронного розвитку вже не відповідає потребам суспільства. Вирішенню подолання цієї невідповідності присвячений цей підрозділ. Аналізуючи останні дослідження і публікації з даної теми та виділяючи не вирішені раніше певні аспекти загальної проблеми, слід відзначити, що в цивілістиці дореволюційного і радянського періодів проблема ліцензування, зокрема, вільного ліцензування використання творів самостійно не вивчалася. В даний час ця проблема продовжує залишатися для вітчизняної юриспруденції новою, малодослідженою. Існує всього декілька опублікованих статей на цю тему, авторами яких є О. С. Войніканіс [7], А. І. Савельєв [8], С. О. Середа [9], В. О. Слищенков [10, с.13] і А. Є. Левін [10, с.13]. Крім того, питання використання вільних ліцензій були частково порушені у дисертації М. Ф. Радайкіна [11, с.18]. Окремі питання вільного використання об'єктів авторського права, в тому числі пов'язаних з Інтернетом, були предметом наукового розгляду, наприклад, у монографії С. А. Бабкіна [12], дисертації Б. Є. Семенюти [13], а також у деяких наукових статтях, але вони майже не торкалися проблем вільного ліцензування в авторському праві. Таким чином, слід констатувати низький ступінь наукової

розробленості обраної для дослідження теми, у зв'язку з чим у даному підрозділі зроблено спробу її вивчення.

Відповідь на питання про те, що є об'єктом поведінкових можливостей у юридичній науці є неоднозначною. Навряд чи можна погодитися з тим, що це безпосередньо матеріалізований результат інтелектуальної, творчої діяльності. Такий висновок ґрунтується на нематеріальній природі об'єктів авторського права. Такий погляд є класичним. Так, Е. П. Гаврилов писав, що твір – це результат творчої діяльності автора, його творчого мислення, продукт людського мозку, але мозок людини може виробляти лише нематеріальні об'єкти. У цьому зв'язку слід підкреслити, що твір охороняється авторським правом саме як нематеріальний об'єкт [90, с.10]. О. Л. Маковська, з посиланням на думку І. А. Грінгольц, відзначала, щоб стати товаром, об'єкт виключного права має бути недоступним, поза актом обміну з тим, хто має потребу у ньому як у споживчій вартості. За своєю природою, будучи якимось повідомленням людям, він фізично виходить з-під контролю (влади) правоволодільця, а подальше його привласнення споживачами, якщо в ці відносини не втрутиться право, відбувається вільно [91, с.291].

Проблему оборотоздатності нематеріального твору законодавець методологічно намагається вирішити за допомогою створення відповідного правового режиму, який забезпечується цілим набором авторських та інших суб'єктивних цивільних прав на твір. Вивчаючи проблему оборотоздатності майнових прав інтелектуальної власності, О. О. Трофименко дійшла висновку та запропонувала виділяти перелік об'єктів прав інтелектуальної власності та окремих майнових прав, які не можуть бути предметом застави за ознакою їх оборотоздатності: а) право на отримання патенту на винахід, корисну модель, промисловий зразок, оскільки предметом застави можуть бути лише майнові права, що впливають з закону і посвідчуються патентом; б) комерційне (фірмове) найменування, крім випадку застави підприємства як цілісного майнового комплексу з включенням у нього зазначеного об'єкта; в) право

реєстрації та отримання свідоцтва на топографію інтегральної мікросхеми, оскільки предметом застави можуть виступати майнові права, що випливають із закону і посвідчуються свідоцтвом; г) комерційні таємниці, оскільки модель їх правової охорони ґрунтується на утаємниченні відомостей, що становлять комерційну таємницю, тому передання заставлених прав на комерційну таємницю суперечить сутності цього інституту; д) раціоналізаторська пропозиція, що визнана юридичною особою, за винятком застави підприємства як цілісного майнового комплексу з включенням до складу застави майнових прав на використання цього об'єкта; є) право отримання патенту на сорти рослин та породи тварин; ж) географічне зазначення без майнового комплексу, яке може виготовляти товар у тій же адміністративно-територіальній місцевості і з тими ж самими властивостями товару [92, с.4]. Для визначення оборотоздатності творів як об'єктів авторського права звернемося до їх аналізу з метою встановлення, які з них можуть виступити об'єктом. Відповідно до ст. 14, 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права» [93], ст. 423, 424, 438, 440 ЦК України система суб'єктивних авторських прав на твори включає:

- (1) виключне право на твір;
- (2) право авторства;
- (3) право автора на ім'я;
- (4) право на недоторканність (цілісність) твору;
- (5) право на оприлюднення твору;
- (6) право на винагороду за використання службового твору;
- (7) право на відкликання;
- (8) право слідування;
- (9) право доступу до творів образотворчого мистецтва;
- (10) інші права, у випадках, передбачених законом.

Відповідно до ст.1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» виключне право – це майнове право особи, яка має щодо твору, виконання, постановки, передачі організації мовлення, фонограми чи відеограми авторське

право і (або) суміжні права, на використання цих об'єктів авторського права і (або) суміжних прав лише нею і на видачу лише цією особою дозволу чи заборони їх використання іншим особам у межах строку, встановленого законом.

За традицією система авторських прав складається з груп майнових та особистих немайнових прав на твір. При цьому закон як майнове право називає виключне право; інші перераховані вище права, очевидно, відносяться до категорії особистих немайнових прав (хоча з приводу права слідування виникають обґрунтовані заперечення). При цьому поняття «виключні права» має відмінний зміст, це не просто вживання поняття «виключне право» у множині. За змістом ст. 5 Закону України «Про авторське право і суміжні права» до групи виключних прав належать:

1) виключне право на використання твору (дозволяє йому правоволодільцю використовувати твір у будь-якій формі і будь-яким способом (ч. 2 ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права»);

2) виключне право на дозвіл або заборону використання твору іншими особами. Виключне право автора (чи іншої особи, яка має авторське право) на дозвіл чи заборону використання твору іншими особами дає йому право дозволяти або забороняти: 1) відтворення творів; 2) публічне виконання і публічне сповіщення творів; 3) публічну демонстрацію і публічний показ; 4) будь-яке повторне оприлюднення творів, якщо воно здійснюється іншою організацією ніж та, що здійснила перше оприлюднення; 5) переклади творів; 6) переробки, адаптації, аранжування та інші подібні зміни творів; 7) включення творів як складових частин до збірників, антологій, енциклопедій тощо; 8) розповсюдження творів шляхом першого продажу, відчуження іншим способом або шляхом здавання в майновий найм чи у прокат та шляхом іншої передачі до першого продажу примірників твору; 9) подання своїх творів до загального відома публіки таким чином, що її представники можуть здійснити доступ до творів з будь-якого місця і у будь-який час за їх власним вибором;

10) здавання в майновий найм і (або) комерційний прокат після першого продажу, відчуження іншим способом оригіналу або примірників аудіовізуальних творів, комп'ютерних програм, баз даних, музичних творів у нотній формі, а також творів, зафіксованих у фонограмі чи відеограмі або у формі, яку зчитує комп'ютер; 11) імпорт примірників творів (ч. 3 ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Разом з тим цим Законом не встановлений характер права на винагороду, права слідування. Він їх лише перелічує і розкриває зміст.

Варто зазначити, що у рамках цієї системи цивільних прав виключне авторське право відіграє особливу роль. Воно виникає одночасно з іншими авторськими правами в момент створення відповідного об'єкта авторського права в об'єктивній формі (ст. 8, 11 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Саме надання об'єктивної форми твору і є створенням твору як юридичний факт (правомірна дія), з яким пов'язується виникнення авторських прав. Ця категорія була предметом розгляду дореволюційних юристів. Так, Г. Ф. Шершеневич писав, що оскільки ці права забезпечують суб'єктам їх виключну можливість здійснення деяких дій, заборонених іншим, то вони можуть бути названі виключними правами [94]. При цьому вчений розглядав право на результати інтелектуальної діяльності як самостійним, поряд з правом власності, різновидом абсолютних прав. Цієї ж точки зору дотримувався В. А. Дозорцев [102]. Аналіз цих виключних прав показує, що вони захищають не від певних осіб, а від усіх, і за цим абсолютним моментом вони ближче стоять до речових прав. Водночас вони відрізняються від них за нематеріальністю об'єкта – право художника на написану ним картину не те саме, що право власника, який купив її [94]. О. Л. Маковський, розвиваючи думку Г. Ф. Шершеневича, зазначає, що право є виключним, оскільки воно шляхом прямої заборони у законі усуває інших осіб від можливості використовувати ці інтелектуальні продукти, тобто виключає для всіх інших таку можливість [91, с.286]. Раніше таку думку висловлював А. А. Піленко [95, с.128–129]. Р. О. Мерзлікіна вважає,

що виключне право – це абсолютне право, яке набувається певною особою – творцем результату інтелектуальної діяльності або уповноваженого ним особою (особами) в силу закону і з підстав, передбачених законом [96, с.168]. Це різновид легальної монополії, наданої державою правоволодільцю у певному обов'язі, на певний термін і на певній території, в рамках якої правоволоділець реалізує своє право на використання твору, а також на заборону або дозвіл третім особам такого використання. Така легальна монополія обмежена у часі.

Ще й досі залишається дискусійним питання про зміст виключного права як права суб'єктивного. Прихильниками пропрієтарної теорії (О. А. Підпригора [97], О. О. Підпригора [98], О. І. Харитонова [99], О. М. Мельник [100]) зміст виключного права розглядається за аналогією з правом власності, що включає три класичних правомочності правоволоділця: володіння, користування і розпорядження. Їх опоненти (О. В. Кохановська [101], В. А. Дозорцев [102], В. О. Калятін [103], В. І. Жуков [104], С. Ю. Бурлаков [105, 106]) стверджують, що спроби встановити за аналогією з правом власності наявність (або відсутність) традиційної тріади правомочностей ускладнюються як безтілесністю виключного права, так і нематеріальністю (безтілесністю) його об'єкта. Тому дослідники пропонують різні підходи до розуміння змісту виключного права.

Як справедливо відмічає О. В. Кохановська, суб'єкт права на твір літератури, науки і мистецтва має право даний твір видавати, публікувати, оприлюднювати будь-яким способом, оголошувати про нього. Усе це специфічні способи здійснення суб'єктивних прав інтелектуальної власності, відмінні від речових [107, с.332]. Так, О. П. Сергєєв справедливо критикував підхід, згідно з яким пропонувалося виділяти позитивний (право на власні дії) і негативний (право забороняти чужі дії) зміст, оскільки право на власні активні дії і право вимагати певної поведінки від інших осіб є складовими елементами будь-якого суб'єктивного права [108, с.195]. Р. О. Мерзлікіна критикує підхід законодавця і зазначає, що в силу закону виключне право складається з таких правочинів, як використовувати, дозволяти використовувати, забороняти

використовувати нематеріальний об'єкт і розпоряджатися виключним правом. Видається, що дозволяти і забороняти використовувати – це не правомочності правоволодільца, бо дозволяти і забороняти використовувати – це не правомочності власника. Як правоволоділець, так і власник здійснюють правомочності – певні дії позитивного характеру за своєю волею і у власному інтересі [96, с.154–155].

Таким чином, на даний момент аналіз змісту виключного права за аналогією з правом власності з позицій класичної тріади правомочностей не має альтернативи. Крім того, як зазначає М. О. Мірошникова, єдність економічної функції (відокремлення об'єкта для можливості подальшої його участі в обороті) дозволяє конструювати виключне авторське право за образом і подобою права власності [19, с.42–43]. Спробуємо розглянути зазначені правомочності з урахуванням необхідних припущень.

Що стосується правомочності користування, то вона, якщо розуміти її у широкому сенсі, як можливість уповноваженого суб'єкта отримувати корисні властивості з належного йому об'єкта права, є справедливою для будь-якого об'єкта цивільних прав, у тому числі й для тих, що мають нематеріальну природу. Саме завдяки використанню того чи іншого соціального блага, що охороняється правом, людина задовольняє свої фізіологічні і духовні потреби. В. А. Дозорцев запропонував щодо прав на результати інтелектуальної діяльності іменувати цю правомочність використанням через відмінність у змісті з речово-правовою категорією. Він писав, що матеріальний об'єкт може використовуватись у зв'язку зі своєю обмеженістю у просторі в той чи інший момент лише однією особою або у всякому разі обмеженим колом осіб. Нематеріальний об'єкт може бути використаний одночасно необмеженим колом осіб, і вже тому правомочність користування потрібно відрізнити від правомочності використання [102, с.114–115].

Крім того, розрізняються за змістом використання виключного права і результату інтелектуальної, творчої діяльності, що становить його об'єкт.

Використання виключного права як права майнового, крім іншого, припускає можливість отримання доходів.

Що ж стосується використання об'єкта виключного авторського права, то перелік способів використання закріплений у ч. 3 ст. 15 Закону України «Про авторське право та суміжні права», ст. 426, 441 ЦК України. Д. І. Мейєр зазначав, що позитивно визначити сферу права немає можливості: для цього потрібно визначити всі права, які належать особі; але кожне право може бути поділено до нескінченності, так що доводиться розраховувати всі дії, які може здійснити особа, що, вочевидь, неможливо [109].

Одночасно виникає питання: як можна користуватися правом на об'єкт і не користуватися самим об'єктом? Отримувати які б то не було корисні властивості з права неможливо, оскільки воно ними просто не володіє. Користування правом у відриві від його об'єкта позбавлене змісту. Оскільки розділити їх неможливо, то слід визнати, що при використанні виключного авторського права у всіх випадках відбувається використання і його об'єкта, будь-то при відтворенні, перекладі, передачі в ефір, по кабелю тощо.

Що стосується виключного права, то воно, з одного боку, будучи майновим правом, визнається ст. 177, 190 ЦК України різновидом майна, з іншого – не є річчю. Вважаємо недоречною і помилковою формулу, що наведена у ч. 2 ст. 190 ЦК України: майнові права є неспоживною річчю. Майнові права визнаються речовими правами, оскільки права і речі – різні об'єкти цивільних прав. Правові режими їх різні. Незважаючи на безтілесність об'єктів виключного права, як, утім, будь-якого іншого майнового права, не викликає сумніву наявність у його володільця правомочності, що надає можливість фактичного панування над цим правом. В іншому випадку майнове право втратить здатність до відокремлення за конкретним володільцем (ст. 178 ЦК України), а отже, і споживчу цінність (мінову вартість) та перейде до категорії нематеріальних благ, тобто стане своєю протилежністю.

Набагато складніше це питання вирішується стосовно об'єкта виключного права – нематеріального результату інтелектуальної, творчої діяльності. В. А. Дозорцев наполягав на тому, що виключне право не включає і не може включати в себе право володіння, яке завжди має своїм об'єктом матеріальну річ, його немає зовсім [102, с.114]. Ще Г. В. Ф. Гегель у «Філософії права» ставив питання про те, чи знаходиться художник, вчений в юридичному володінні своїм мистецтвом, своєю наукою, своєю здатністю читати проповіді, правити обідню, тобто чи являє собою подібне речі. Важко назвати таке вміння, знання, здібності тощо речами, оскільки, з одного боку, про такого роду володіння ведуться переговори і укладаються договори, з іншого – це володіння є щось внутрішнє, духовне, розум може опинитися в сумніві з приводу їх юридичної кваліфікації, бо він виходить з протилежності: або річ, або не річ [110, с.100–101]. Інтелектуальна власність, за Гегелем, є внутрішня власність духу [110, с.102].

Природа абсолютних правовідносин обумовлює наявність третьої правомочності виключного права – правомочність володіння, адже це можливість панування, що виключає вплив третіх осіб, право припиняти несанкціонований доступ до об'єкта, підтримувати межу особистої влади відносно об'єкта. Як пише Р. О. Мерзлікіна, утримання від неправомірних дій впливає з абсолютності виключного права. Володіння, як відомо, належить до матеріальних об'єктів, але і користування, і розпорядження – теж тільки до них. Якщо для користування законодавець визнав можливим знайти аналог у вигляді використання (що, по суті, більше символ, ніж реальне явище, оскільки означає ту ж міру поведінки, лише стосовно особливих об'єктів), то чому для юридичної характеристики володіння нематеріальним (нетілесним) об'єктом нам не можна скористатися правомочністю володіння або іншим терміном? [96, с.168].

При визначенні розуміння володіння слід виходити з висловленої Гегелем ідеї про те, що оскільки набувач продукту володіє повнотою споживання і

цінності примірника як одиничного, то він цілковитий вільний власник його як одиничного, хоча автор твору або винахідник технічного пристрою і залишається власником загального способу розмноження такого роду продуктів і речей; цей загальний спосіб безпосередньо не відчужує і може зберегти його як прояв самого себе [110, с.127].

Судження дослідників, які визнають виключне право правом абсолютним (або послабленим абсолютним) і одночасно доводять відсутність правомочності володіння (О. Л. Маковський [91, с.291], Е. П. Гаврилов [111], В. А. Дозорцев [112, с.16], В. І. Жуков [113, с.14], С. Ю. Бурлаков [114, с.583], О. В. Кохановська [115] та ін.), у кінцевому рахунку схильні до ризику логіки замкнутого кола. Поясненням антиномії, що виникає може служити та обставина, що володіння традиційно вважається речовою категорією, а відповідне йому суб'єктивне право – речовим. Зрозуміло, що до нематеріальних благ ці категорії абсолютно не застосовні. Володіння, про яке може йти мова в останньому випадку, позбавлене можливості фактичного фізичного панування. Звідси прагнення знайти термін, що виражає суть фактичного панування в ідеальній дійсності специфічним терміном, яким, наприклад, може вважатися «володіння» – монопольне панування над нематеріальним благом. На підтвердження цієї тези варто навести думку Іммануїла Канта, який у своєму творі «Метафізика нравов» писав, що суб'єктивною умовою можливості користування взагалі є володіння, оскільки у правовому відношенні (*meum iuris*) – це те, з чим я пов'язаний так, що якби хтось інший користувався ним без моєї згоди, то це завдало б мені збитку [116, с.155].

Отже, саме правомочність володіння детермінує правову охорону того чи іншого об'єкта за конкретним суб'єктом і є передумовою не лише для існування всіх інших правочинів, але правової охорони даного соціального блага взагалі. Все це означає, що і правомочність володіння (володіння) і правомочність користування (використання) у широкому сенсі можуть застосовуватись як до виключного права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, так і до

об'єктів цього виключного права, тобто самих результатів інтелектуальної діяльності. Склад правомочностей правоволодільця стосовно майнових прав і нематеріальних благ, таким чином, відрізняється наявністю (або відсутністю) правомочності розпорядження, а також змістом розглянутих правомочностей внаслідок неможливості застосування речово-правових конструкцій до нематеріальних (нетілесних) результатів інтелектуальної, творчої діяльності.

Як справедливо зазначив Е. П. Гаврилов, право використання виникає щодо будь-яких об'єктів, що охороняються, а право розпорядження виникає, якщо інше не передбачено законом. Отже, цивільне законодавство може передбачити, що стосовно деяких охоронюваних об'єктів виникає лише право користування, а право розпорядження не виникає зовсім або діє лише частково [111].

Загальне правило про можливість розпорядження виключним правом на результати інтелектуальної діяльності передбачено ст.ч. 3, 4 ст. 426, ст. 427 ЦК України і іншими нормами, щодо конкретних видів об'єктів права інтелектуальної власності. При цьому В. А. Дозорцев справедливо зазначає особливості змісту правомочності розпорядження, яке має дозволяти передачу об'єкта для використання не лише одній особі (передачу права), а й надання права використання одночасно кільком особам (видачу дозволу на використання – ліцензії) [102, с.115].

Що стосується результатів інтелектуальної діяльності, то з урахуванням їх нематеріальної природи і на підставі ч. 4 ст. 423 ЦК України, що встановлює принцип невідчужуваності і оборотоздатності особистих немайнових прав інтелектуальної власності, виключається розпорядження ними. Особисті немайнові права інтелектуальної власності не можуть відчужуватися (передаватися), за винятками, встановленими законом (ч. 4 ст. 423 ЦК України). Незважаючи на це, у літературі з'являються заклики до відмови від безумовного застосування принципу невідчужуваності особистих немайнових прав, що є реакцією на зростання майнового значення нематеріальних благ, які традиційно

вважалися особистими немайновими, і, відповідно, на їх залучення в майновий оборот [117, с.57].

В. А. Дозорцев вважає, що до змісту виключного права входить дві правомочності – використання і розпорядження [102, с.128], при цьому об'єктом використання є сам результат творчої діяльності, а об'єктом розпорядження – право на нього, право його використання [102, с.128]. З ним погоджується Е. П. Гаврилов, зазначаючи, що право використання відноситься до охоронюваного об'єкта, а право розпорядження – до виключного права на об'єкт, що охороняється [111]. Якщо припустити, що виключне право – об'єкт правомочності розпорядження, то останнє з точки зору формальної логіки не може входити до складу цього права, воно йому протистоїть. Це пов'язано з тим, що результат інтелектуальної діяльності (як нематеріальне благо) і виключне право на нього (як майнове право) є двома самостійними об'єктами цивільних прав, при цьому перший не може бути предметом майнового обороту. Тоді або слід допустити існування крім виключного права на твори (яке включає правомочності володіння і використання) якоїсь юридичної конструкції надвиключного права – права на виключне право, або списати це логічне протиріччя на методологічну ваду теорії виключних прав, яка намагається перенести речово-правові категорії на нематеріальні об'єкти.

Видається, що виключне право і право розпорядження є самостійними правами. У зв'язку з цим погодимося з позицією тих дослідників, які в різні часи обґрунтовували цю тезу. В. С. Вітко зазначав, що надана правоволодільцю можливість розпорядження виключним правом є самостійним правом і не входить до змісту виключного права [118, с.201]. В. С. Вітко посилається на обґрунтування цієї тези на думку О. О. Піленка, який вважав, що можливість розпорядження правом з патенту не входить до змісту цього права, а існує самостійно, оскільки, як зазначав останній, можливість змін в особі носія прав не може впливати на межі тих правочинів, які належать даному суб'єкту в кожен даний момент [95, с.509]. Такої позиції дотримуються й інші автори.

В. А. Белов, відзначаючи, що замість терміна «розпорядження річчю» правильно вживати інший термін – «розпорядження правом на річ». Дослідник підсумовує, що це означає, що правомочність розпорядження ніколи не входить і не може входити до складу жодного суб'єктивного права – така правомочність може бути лише елементом правоздатності [119, с.22]. О. О. Моргунова, виходячи з того, що розпорядження стосується не твору, а права його використання, доходить висновку, що право на використання і право розпорядження цим правом є самостійними правами [120, с.12].

Вважаємо, що аналіз структури правомочностей, що входять до виключного права дозволяє висунути тезу про те, що таким об'єктом виступають правомочності володіння і використання нематеріального (нетілесного) об'єкта авторського права тими чи іншими законними способами. Якщо проводити аналогію з правами на речі, то напрошується паралель з договором оренди. При наданні речі у володіння і користування орендарю власник не втрачає свого тотального права панування над річчю. Те ж саме відбувається з виключним правом при наданні права використання твору певними способами. Цю позицію підтверджує позиція сучасного французького законодавця, який розглядає ліцензійний договір як різновид договору оренди.

Розпорядження як правомочність у контексті вільного ліцензування реалізується шляхом використання уповноваженим суб'єктом можливості добровільно обтяжити себе станом пов'язаності внаслідок надання заздалегідь невизначеному колу осіб права на акцепт вільної ліцензії, що є публічною офертою. Іншими словами, правомочність розпорядження є не об'єктом правового впливу, а його засіб і у цьому зв'язку може бути віднесений до іншого елемента (якщо розглядати структуру поведінкової можливості за аналогією з правовідносинами) – змісту. У цьому контексті саме правомочність розпорядження може розглядатися як можливість задовольнити інтерес суб'єкта власними діями, як прояв автономії волі і свободи вступати у договірні правовідносини, тобто як засіб забезпечення договірної диспозитивності. Такий

підхід, на нашу думку, виглядає найбільш обґрунтованим, а також здатний вирішити надзавдання – заповнити методологічні вади концепції інтелектуальних прав.

Оскільки розглянута можливість може бути реалізована власними діями суб'єкта і внаслідок цього існує поза правовідносинами, зміни у правовій сфері пасивної сторони відбуваються завдяки рефлексорним правовим ефектам. Отже, значення для дослідження має положення уповноваженого суб'єкта. Уповноваженим, або активним суб'єктом є такий суб'єкт, поведінка якого юридично захищена і забезпечена можливість задоволення власного інтересу [49, с.204]. Такою особою є правоволоділець. Чинне законодавство про інтелектуальну власність широко використовує цей термін, але воно не розкриває його змісту. Аналіз чинного законодавства та юридичної літератури залишає враження подвійності підходів до цієї категорії. Переважно зміст цього поняття зводиться до позначення особи, що володіє виключним правом, тобто особи, за якою відокремлюється майнове право як об'єкт цивільних прав. У цьому сенсі правоволоділець – це уповноважений суб'єкт в абсолютних правовідносинах. З іншого боку, правоволоділець розглядається як особа, що розпоряджається цим самим правом тим чи іншим способом, шляхом надання права використання відповідного об'єкта авторського права. Тут правоволоділець як сторона договору виступає учасником відносних правовідносин.

Очевидно, що поняття «правоволоділець» наповнюється різним змістом залежно від контексту і набуває цінності у зв'язку з протиставленням його як уповноваженій якійсь зобов'язаній особі. Як зазначав В. А. Дозорцев, статус правоволодільца визначається двома основними моментами – підставами виникнення права і його змістом [121, с.279]. У зв'язку з цим поняття правоволодільца не може обмежуватися лише його абсолютно-правовим тлумаченням. У контексті ліцензування використання об'єктів авторського права слід визнати обґрунтованою позицію І. А. Близнеця і К. Б. Леонтєва, які

вважають, що під правоволодільцем розуміється володільць виключних авторських прав на відповідні способи використання твору [122, с.31]. Таким чином, у даних правовідносинах термін «правоволодільць» є синонімом терміна «уповноважений суб'єкт».

Уповноваженим суб'єктом (правоволодільцем) може виступати автор (фізична особа, творчою працею якої створено твір) або співавтори, його правонаступник, особа, що набула права, необхідні для надання вільної ліцензії на підставі договору, внаслідок трудових відносин з автором і за іншими підставами (похідні правовласники). Крім автора (співавторів), які є фізичними особами, уповноваженими суб'єктами у відносинах даного типу можуть виступати і юридичні особи (похідні правоволодільці – видавці, продюсери тощо) за умови наявності у них достатнього обсягу правомочностей.

Отже уповноваженим суб'єктом може бути володільць виключного авторського права. З аналізу чинного законодавства випливає, що до суб'єктів, які потенційно можуть у достатньому обсязі володіти правом використання твору, можуть бути віднесені ліцензіати за умови наявності письмової згоди ліцензіара (ст. 426, 427 ЦК України), що може бути виражено у вигляді відповідної умови договору, у формі іншого письмового документа чи прирівняній до нього формі.

Вбачається, що така згода може бути дана як у самому ліцензійному договорі без вказівки конкретних субліцензіатів, так і окремо – на укладення конкретного субліцензійного договору. При цьому ліцензіар має право обмежити свою згоду можливістю укладання субліцензійних договорів про надання лише окремих способів використання результату інтелектуальної діяльності з числа тих, які були надані ліцензіату.

Оскільки навіть вказівки конкретних субліцензіатів не потрібно, то при такому підході навряд чи можна висунути заперечення проти визнання ліцензіатів правомочними суб'єктами у правовідносинах даного типу, проте така можливість ставиться у залежність від двох умов:

(1) наявність письмової згоди ліцензіара;

(2) надання їм за договором права використання відповідного об'єкта способами, достатніми для вільного ліцензування.

Це положення створює для володільця виключного права значний правовий ризик незворотної втрати можливості забороняти використання твору відповідно до умов відкритої ліцензії, що входить до складу виключного права завдяки принципу безвідкличності останньої. Через те, може виникнути ситуація істотного порушення законних інтересів володільця виключного права. Тож вважаємо за доцільне встановлення законодавчої заборони на вільне субліцензування або віднесення повноваження ліцензіата з надання права використання за відкритою ліцензією правомочностей, що вимагає окремої згоди володільця виключного права.

Якщо розглядати зміст поведінкових можливостей суб'єкта за аналогією з правовідносинами, то слід сказати, що один і той самий суб'єкт – правоволоділець – набуває статусу уповноваженості (мається на увазі право на вільне ліцензування використання) і статусу пов'язаності (мається на увазі зв'язаність, що породжується секундарним правом). Ці статуси послідовно змінюють один одного, і ця зміна зумовлюється настанням відповідних юридичних фактів.

Стан уповноваженості породжує виникнення виключного права, тобто момент створення об'єкта авторського права в об'єктивній формі або переходу виключного права до похідного правоволодільця на підставі договору, в порядку універсального правонаступництва, внаслідок звернення стягнення та з інших підстав. Стан пов'язаності виникає у зв'язку з використанням уповноваженим суб'єктом своєї можливості представити право використання об'єкта авторського права за вільною ліцензією шляхом встановлення і доведення умов такого використання до заздалегідь невизначеного кола осіб (за принципом публічної оферти). Стану пов'язаності правоволодільця протистоїть виникнення секундарного права акцепту пасивної сторони. Засобом

забезпечення стану пов'язаності виступає принцип безвідкличності, що виражає заборону на відзив раніше прийнятого рішення (волевиявлення) з вільного ліцензування використання твору.

У ЦК України термін «безвідкличність» уживається неодноразово. У ст. 1095 ЦК України згадується безвідкличний акредитив, під яким розуміється акредитив, який не може бути скасований без згоди одержувача коштів. У ст. 560, 562 ЦК України йдеться про безвідкличну за загальним правилом банківську гарантію, якщо інше не зазначено у самій гарантії. Слід розглядати безвідкличність як неможливість відмови від її виконання в односторонньому порядку і, як наслідок, припинення правових відносин, що виникли після її видачі. При цьому допускається можливість вказівки в гарантії випадків - підстав для її відкликання. У юридичних періодичних виданнях регулярно піднімається питання про безвідкличні вклади [123, с.1, 6].

Отже, категорія безвідкличності, впливаючи з найважливішого принципу зобов'язального права (неприпустимість односторонньої відмови від виконання зобов'язання – ст. 525 ЦК України), є засобом забезпечення стабільності цивільного обороту. Виходячи з викладеного, можна визначити безвідкличність як встановлену законом або угодою сторін заборону односторонньої відмови від виконання обтяжень, покладених на себе на користь уповноваженої особи (у тому числі, коли їх коло заздалегідь не визначено). Однак, як бачимо, для різних правових інститутів безвідкличність наповнюється різним змістом. Вона може ставитися у залежність від певних умов (як, наприклад, у випадку з банківською гарантією або безвідкличною довіреністю) або бути безумовною (як у випадку з офертою або грошовими переказами).

Якщо йдеться про відкриту ліцензію, то заборона носить безумовний і безповоротний характер, що, на нашу думку, дозволяє розглядати її як випадок втрати правомочності забороняти використання твору третім особам, що входить до складу виключного права. Цей приклад служить аргументом позиції В. А. Белова, оскільки переводить правову можливість у стан неправа або,

точніше, правонездатності. На думку В. А. Белова, правоздатність – це юридичний стан, що характеризується відсутністю деяких елементів (правомочностей) у складі статичної частини правоздатності певної особи або кола осіб. Така особа юридично не вправі (не може, не здатна) здійснювати тих дій, здатності до вчинення яких опинилися з тих чи інших причин поза межами його правоздатності. Подібні дії, що вчинені особою, що перебуває у стані правонездатності, можуть бути або юридично неможливими (не визнається правом за юридичним фактом), або юридично незобов'язаним (забороненими правом), а, як наслідок, визнаються або юридично неефективними (байдужими), або неправомірними. Суб'єкти цивільного права як би ставляться перед фактом: ось до цього ви здатні, а ось до цього – ні [49, с.222].

Закон (ст. 11, 422, 437 ЦК України) визнає правові наслідки у вигляді виникнення розглянутої поведінкової можливості за фактом створення твору в об'єктивній формі, а також у зв'язку з переходом виключного права (ст. 427, 443, 1107 ЦК України) до іншого правоволодільця. Тобто закон включає в стан правоздатності, визнаючи правові наслідки за цими юридичними фактами. Ситуація з юридичним фактом, що опосередковує виникнення стану пов'язаності, виглядає інакше. Вимога до письмової форми ліцензійного договору під страхом недійсності останнього (ч. 2 ст. 1077 ЦК України) виключає виникнення стану пов'язаності внаслідок використання можливості з добровільного обтяження себе станом пов'язаності. Дії ж суб'єкта, спрямовані на виникнення стану пов'язаності з потенційним акцептантом, переводяться у категорію правонездатності як юридично неможливі (байдужі для права, такі, що не породжують правових наслідків, здатних задовольнити інтерес суб'єкта, а отже, не визнаються юридичними фактами). У разі ж, якщо акцептант розпочне використання об'єкта авторського права, то його дії можуть розглядатись вже як юридично неналежні (заборонені), оскільки бездоговірне використання розглядається як самостійний випадок порушення виключного права. Відповідно до ч. 1 ст. 31 Закону України «Про авторське право і суміжні права»

використання результату інтелектуальної діяльності способом, не передбаченим ліцензійним договором, або після припинення дії такого договору, або іншим чином за межами прав, наданих ліцензіату за договором, тягне відповідальність за порушення виключного права на результат інтелектуальної, творчої діяльності.

Вчення про правову форму дозволяє обґрунтувати положення про те, що відкриті (вільні) ліцензії суттєво змінюють уявлення про абсолютно-правову природу виключного права. Як зазначалося вище, вільна ліцензія обтяжує виключне право, але, наприклад, річ, що знаходиться у власності також може бути обтяжена, наприклад, правом оренди. Якщо провести аналогію з річчю, що обтяжується правом оренди, яке істотно обмежує правомочності власника щодо володіння та користування річчю, і обтяженням виключного права вільною ліцензією, то у першому випадку право власника відновиться у повному обсязі після закінчення терміну оренди (еластичність права власності), а у другому – не відновиться вже ніколи внаслідок принципу безумовної безвідкличності ліцензійної оферти. Іншими словами, у першому випадку ми бачимо реалізацію дієздатності активними діями суб'єкта (шляхом вчинення юридичного факту – правочину), а у другому – обмеження меж правоздатності суб'єкта шляхом розміщення заяви (оферти) – вільної ліцензії.

Дії оферента-ліцензіара, спрямовані на виникнення стану пов'язаності з потенційним акцептантом-користувачем, переводять у категорію правонездатності вимоги про усунення третіх осіб від впливу на належний оференту-ліцензіару об'єкт авторського права, безумовно, безповоротно і безстроково перетворюючи останнього в юридично незобов'язаного. Викладене змінює уявлення про абсолютну природу виключного права. Останнє вже характеризувалося як послаблене абсолютне право [102, с.9-10, с.119]. Однак це положення пояснювалося обмеженнями, що зумовлені інформаційною природою інтелектуальної власності, що носять об'єктивних характер, тобто не залежний від волі суб'єктів права. Інститут вільної ліцензії дозволяє межі

виключного права ставити у залежність не лише від обмежень, встановлених позитивним правом (режим суспільного набуття, випадки справедливого вільного використання тощо), але і обтяжень, встановлених свідомо-вольовими поведінковими актами суб'єктів.

Таким чином, категорія правоздатності є формою визнання позитивним правом (законом) можливості настання правових наслідків через виникнення тих чи інших юридичних фактів і юридичних складів. Правові категорії, втративши будь-яку самостійність, виявилися простими абстрактними зліпками з конкретних регульованих правом соціальних зв'язків: якщо останні відображають реально існуючий стан речей, то перші є ідеальною моделлю того, яким він має бути [49, с.190]. У цьому зв'язку категорія правової форми є перспективною, оскільки зіставлення її змісту – суспільними відносинами як такими – дозволяє сформулювати методологічну основу для оцінки ефективності правового впливу на них, а також розмежувати юридично можливу і неможливу поведінку. Як зазначає В. А. Белов, коли фактичні суспільні відносини у встановлені правом рамки укладаються, кажуть про ефективне правове регулювання суспільних відносин; коли ні – про неефективне. Фактичні суспільні відносини порівнюються з їх ідеальними моделями, що описані у нормах права. Положення, що відповідає такій моделі, і називатиметься законним, а те, що не відповідає – незаконним [49, с.190].

3.3. Характеристика зобов'язального правовідношення, що виникає при акцепті ліцензії

При акцепті оферти відбувається укладення договору, при акцепті ліцензії укладається ліцензійний договір. Відповідно до ч. 1 ст. 1109 ЦК України за ліцензійним договором одна сторона (ліцензіар) надає другій стороні (ліцензіату) дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності (ліцензію) на умовах, визначених за взаємною згодою сторін з урахуванням

вимог закону. Видається, що більш точним було б визначення, яке дозволяло б на більших диспозитивних засадах регулювати цей інститут, наприклад: за ліцензійним договором володілець майнового авторського права на результат інтелектуальної, творчої діяльності (ліцензіар) надає або зобов'язується надати іншій стороні (ліцензіату) право використання вже існуючого результату в передбачених договором межах. Ліцензія в авторському праві є найбільш поширеним і таким, що найбільш відповідає інтересам автора, способом розпорядження виключним правом, оскільки, як зазначають Л. Бентлі і Б. Шерман, виключні права на твір як об'єкт інтелектуальної власності у разі видачі ліцензії вважаються не переданими, адже в найзагальнішому вигляді ліцензійна угода є лише видачею дозволу на використання твору [23, с.444].

Шляхом акцепту вільної ліцензії може укладатись лише один вид ліцензійних договорів – договір простої (невиключної) ліцензії. З правової природи вільних ліцензій випливає, що вони як спосіб укладення договору застосовні тільки до договорів невиключної ліцензії (ч. 4 ст. 1109 ЦК України). Оскільки відповідно до ч. 3 ст. 1108 ЦК України виключна ліцензія передбачає надання ліцензіату права використання результату інтелектуальної діяльності без збереження за ліцензіаром права видачі ліцензій іншим особам, застосування до цієї договірної конструкції інституту публічної оферти виключається.

Якщо ми звернемося до текстів типових вільних ліцензій, то всюди зустрінемо вказівку на їх невиключність. Ця умова закріплена в п. 6 ліцензії GNU GPL v.2.0, п. 3 умов ліцензії Creative Commons, п. 2 Публічної ліцензії Європейського Союзу v.1.1.

З цим фактом пов'язується виникнення ліцензійних зобов'язальних правовідносин. Як писав М. М. Агарков, зобов'язання є відносними правовідносинами на противагу абсолютним, у яких активній стороні протистоїть невизначене коло пасивних суб'єктів [124, с.19-20]. Ф. І. Гавзе запропонував визначити зобов'язання (і зобов'язальні правовідносини) як

цивільні правовідносини, в силу яких одна особа (боржник) зобов'язана вчинити на користь іншої особи (кредитора) певну дію – передати майно, виконати роботу, сплатити гроші тощо або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку [125, с.11]. Е. Годеме вважав, що зобов'язання – це правовий зв'язок, за допомогою якого одна особа зобов'язана щодо іншої до надання, дії або утримання [126, с.18].

Традиційно до елементів правовідносин відносять його суб'єктів (сторони), об'єкт і зміст. А. Г. Певзнер вважав, що правовідносини як форма суспільних відносин є відносинами між людьми, зміст яких становить сукупна поведінка цих людей [73, с.16]. О. С. Іоффе писав, що наука цивільного права розглядає цивільні правовідносини як відносини між певними суб'єктами, встановленими у зв'язку з певним об'єктом, з приводу якого у його учасників виникають певні правомочності та обов'язки. Суб'єкти і об'єкт, правомочність і обов'язок – це основні елементи всяких, у тому числі й цивільних правовідносин [88, с.157]. На сучасному етапі цю точку зору поділяють Є. О. Суханов [127, с.118], Л. А. Чеговадзе [128, с.15] і багато інших дослідників. У цілому саме цю теорію можна охарактеризувати як пануючу в цивілістичній літературі. Зустрічаються, правда, й інші точки зору. Наприклад, О. П. Сергеев і Ю. К. Толстой до елементів цивільних правовідносин відносять зміст, форму, суб'єктів та об'єкти правовідносин при цьому під формою правовідносин пропонують розуміти суб'єктивні права і обов'язки, що належать учасникам цивільних правовідносин, а під змістом – взаємодію їх учасників, що здійснюється відповідно до їх суб'єктивних прав і обов'язків [129, с.96–97]. В. А. Белов пропонує відносити до елементів правовідносин їх учасників (суб'єктів), об'єкти та юридичні факти [49, с.204]. Оскільки метою даного дослідження не є заглиблення у наукову дискусію про структуру цивільних правовідносин та визначення її складників, ми, поділяючи традиційні погляди на це питання, подальше дослідження зобов'язань обох видів, що виникають у зв'язку з ліцензуванням, вважаємо за доцільне будувати у напрямку розгляду об'єкта,

суб'єктів і юридичного змісту відносин.

Щоб визначити об'єкт ліцензійних правовідносин (зобов'язання), спочатку з'ясуємо зміст загального поняття – «об'єкт правовідносин».

Як зазначає В. С. Вітко, у цивілістичній літературі під об'єктом правовідносини розуміється:

1) поведінка суб'єктів цивільних правовідносин, спрямована на матеріальне або нематеріальне благо, яке складає об'єкт правовідносини (Н. Д. Єгоров, Л. А. Чеговадзе);

2) матеріальні (в тому числі речові) та нематеріальні блага або процес їх створення, що становлять предмет діяльності суб'єктів цивільного права (Є. О. Суханов);

3) матеріальне і нематеріальне благо, на яке спрямоване право, що належить власнику (О. Н. Садиков);

4) будь-яка матеріальна чи нематеріальна субстанція (благо), іманентні властивості якої визначають природу, зміст і динаміку відповідного суб'єктивного цивільного права (В. А. Белов) [118].

М. Г. Александров, який критикував зарахування об'єкта правовідносин до числа його елементів, вважаючи, що як об'єкт можуть розглядатись дії зобов'язаної особи, що поглинаються таким елементом правовідносин, як його зміст, тим не менше зауважував, що в тих випадках, коли правовідносини між особами виникають з приводу речі (або об'єктивованого продукту «духовного» виробництва), то для таких правовідносин відповідна річ і буде об'єктом правовідносин (саме об'єктом правовідносин, тобто об'єктом не лише права, але обов'язків) [130, с.22].

Вище ми вже констатували, що об'єктом поведінкових можливостей суб'єкта не може бути безпосередньо об'єктивований предмет духовного виробництва через властивості нематеріальності; об'єктом виступає майнове право використання такого об'єкта.

Ця позиція є панівною у сучасній юридичній літературі. Так, О. П. Сергеев вважає предметом ліцензійного договору надання права використання твору, а не сам твір (результат інтелектуальної діяльності [131, с.224]. Л. Трахтенгерц, зазначає, що ліцензійний договір укладається з метою використання ліцензіатом окремого об'єкта інтелектуальної власності, що належить ліцензіару [132].

В. Н. Кастальський вважає, що предметом цивільно-правових угод з приводу охоронюваних результатів інтелектуальної діяльності та прирівняних до них засобів індивідуалізації є права на такі результати [133, с.38].

Вважаємо, що доречно зробити спробу з'ясувати сутність такого використання та визначити умови (межі) за яких воно може здійснюватися. Умови використання (або межі) визначаються вказівкою на способи допустимого використання, територію і термін використання, що конкретизують право використання для даних правовідносин.

Слід зазначити, що умови про способи використання відповідного результату інтелектуальної діяльності, що визначають конкретні правомочності ліцензіата з використання твору, віднесені законом до категорії істотних, поряд з умовою про предмет та ціну оплатного договору. Стаття 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права», ст. 440, 441 ЦК України передбачає приблизний, не вичерпний перелік способів використання твору. Зіставлення цього переліку з умовами типових вільних ліцензій Creative Commons, GNU і EURL дозволяє висунути тезу про те, що типові вільні ліцензії під поняттям «використання» мають на увазі весь набір правомочностей, якщо інше не впливає із суті зобов'язання.

Ліцензія GNU GPL надає право використовувати комп'ютерні програми такими способами: виготовляти (відтворювати – п. 2 ч. 1 ст. 441 ЦК України), поширювати екземпляри (п. 7 ч. 1 ст. 441 ЦК України), модифікувати (переробляти, створювати похідні програми – п. 4, 5 ч. 1 ст. 441 ЦК України). При цьому відповідно до преамбули до ліцензії дія цієї ліцензії не поширюється на здійснення інших прав, крім відтворення, розповсюдження та модифікації

програмного забезпечення [134]. При цьому системне тлумачення умов ліцензії дозволяє зробити висновок, що правомочність розповсюдження трактується зазначеною Ліцензією ширше, ніж українським законодавцем. У це поняття, зокрема, можна включити право на прокат (п. 7 ч.1 ст. 441 ЦК України), імпорт оригіналу або примірників твору з метою розповсюдження (п. 8 ч. 1 ст. 441 ЦК України – п. 1 ліцензії GNU GPL) і право на доведення до загального відома (ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права») в разі розповсюдження програми в мережі Інтернет. Решта правомочності не будуть зачіпатися ліцензією, на наш погляд, лише тому, що ці способи використання (публічний показ, прокат, публічне виконання, повідомлення в ефір, повідомлення по кабелю і практична реалізація архітектурного, дизайнерського, містобудівного або садово-паркового проекту) не застосовні до програм для ЕОМ. Разом з тим у разі, якщо транслювати умови ліцензії GNU GPL на майнові авторські і суміжні права відносно інших творчих об'єктів, то інші способи можуть бути включені до зазначеної ліцензії.

Ліцензія EURL однозначно підтверджує наведену тезу, оскільки в п. 2 встановлює право ліцензіата використовувати твір у будь-якому вигляді, будь-якими способами, включаючи право відтворювати, модифікувати (переробляти) і створювати похідні твори, доводити до загального відома, поширювати екземпляри твору, передавати в прокат і оренду і укладати субліцензійні договори [135].

Ліцензії Creative Commons так чи інакше дозволяють або забороняють використовувати твори наступними способами: відтворювати (п. 2 ч. 1 ст. 441 ЦК України), поширювати (правомочність при системному тлумаченні ліцензії об'єднує право поширювати екземпляри, право на прокат і імпорт оригіналу або примірників твору з метою поширення п. 7 ч. 1 ст. 441 ЦК України), публічно виконувати (правомочність при системному тлумаченні ліцензії об'єднує право на публічний показ, право на публічне виконання, право на передачу в ефір і по кабелю – пп. 6 ч. 1 ст. 441 ЦК України), модифікувати (переробляти),

створюючи похідні твори і поширювати примірники останніх (п. 4, 5 ч. 1 ст. 441 ЦК України), доводити до загального відома (п. 1 ч. 1 ст. 441 ЦК України, ч. 3 ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). При цьому правоволодільцю надається право обмежити використання тільки некомерційним використанням, виключити з ліцензії право на переробку – створення похідних творів.

Отже, типові конструкції для визначення поняття «використання» застосовують усі допустимі способи використання твору, дозволяючи правоволодільцю самому зменшити перелік способів використання або передбачити для них ті чи інші обмеження. Всі перераховані конструкції вільних ліцензій у будь-якому разі являють собою мінімальний набір способів використання, в який включаються правомочність відтворення і розповсюдження. При цьому останнім правомочність тлумачиться ширше, ніж у ст. 441 ЦК України і крім правомочності розповсюдження як такого включає право на прокат і імпорт оригіналу або примірників твору з метою розповсюдження), а іноді і право на доведення до загального відома.

Сказане, однак, не означає, що правоволоділець пов'язаний цим мінімальним набором правомочностей, якщо він не користується зазначеними типовими конструкціями ліцензій. Принцип свободи договору забезпечує йому можливість надати можливість використання об'єкта авторського права будь-яким способом на його розсуд (ст. 6, ч. 2 ст. 441 ЦК України).

Сторонами правовідносин є ліцензіар і ліцензіат. Будь-якою стороною може бути будь-яка дієздатна особа, як фізична, так і юридична, а також публічно-правові утворення. Суб'єкт, який виступає на стороні ліцензіара, має володіти достатнім для надання вільної ліцензії обсягом правомочностей з використання об'єкта авторського права.

Зі змістовної сторони ліцензійне зобов'язання в загальному вигляді складається з належного ліцензіату права використання твору способами, в територіальних та часових межах, визначених договором, та кореспондуючого

йому обов'язку ліцензіара надати таке право. У разі, якщо ліцензійний договір є оплатним, до змісту зобов'язання включається право ліцензіара вимагати обумовленої договором винагороди та кореспондуючий обов'язок ліцензіата щодо її сплати. Докладніше розглянемо змістовні аспекти ліцензійного договору.

1. Право використовувати твір певними способами, на певній території і на певний термін і обов'язки, що йому кореспондуються.

До істотних умов ліцензійного договору, що встановлені ст. 32 Законом України «Про авторське право і суміжні права», ст. 1108, 1109 ЦК України, можна віднести умови про предмет договору, способи використання, ціну платного ліцензійного договору, територію та строк, на які надається право використання. Умова про предмет ліцензійного договору одночасно індивідуалізує предмет виконання (конкретний об'єкт права інтелектуальної власності) і визначає характер самого договору (надання виключного або невиключного права використання). Звісно ж, що умова про предмет ліцензійного договору цим не обмежується.

З викладеного вище, на нашу думку, впливає, що умова про способи використання твору є таким же компонентом умови про предмет, як, наприклад, умова про якість або асортимент є компонентом умови про товар. Умова про способи використання відповідного результату інтелектуальної, творчої діяльності визначає конкретні правомочності ліцензіата з використання твору (наприклад, права ліцензіата на відтворення, переробку, публічний показ тощо). Як уже зазначалось, що об'єктом ліцензійних правовідносин і поведінкових можливостей суб'єкта, що реалізуються поза правовідносинами, є право використання твору, що характеризується цілим набором таких атрибутивних компонентів. До них, крім способів використання, відносяться термін і територія використання.

Хоча в ч. 3 ст. 1109 ЦК України вказується, що в ліцензійному договорі має бути вказана територія, на якій допускається використання результату

інтелектуальної, творчої діяльності, а також термін договору, в юридичній літературі умова про терміні і території використання часто розглядаються як самостійні умови, при цьому висловлюється думка про можливість віднесення їх до істотних умов договору. Вважаємо, що умови про термін і території використання також є атрибутами умови про предмет, оскільки поряд зі способами використання вони визначають сферу (межі) реалізації права використання твору, що є предметом договору, а отже, невід'ємні від нього. Частина 7 ст. 1109 ЦК України містить диспозитивні норми, що заповнюють відсутність відповідної угоди сторін: у разі відсутності в ліцензійному договорі умови про територію, на яку поширюються надані права на використання об'єкта права інтелектуальної власності, дія ліцензії поширюється на територію України і в разі, якщо в ліцензійному договорі строк його дії не визначений, договір вважається укладеним на п'ять років (ч. 3 ст. 1110 ЦК України).

Типові вільні ліцензії також містять вказівку на територію використання (п.3 умов Creative Commons, п. 2 Публічної ліцензії Європейського Союзу визначає їх як всесвітні) і термін – термін дії авторських прав, відповідно до матеріального права первісного володільця (п. 3 умов Creative Commons і п. 2 Публічної ліцензії Європейського Союзу).

Як бачимо, атрибутивні компоненти умови про предмет знайшли відображення в положеннях типових вільних ліцензій, що позитивно впливає на можливість їх введення в законодавство.

2. Обов'язок зі сплати винагороди і право ліцензіата, що кореспондуються йому. Це зобов'язання породжує велику кількість різнохарактерних наукових дискусій, зокрема дискусій про те, наскільки наявність або відсутність даної умови змінює систему ліцензійних зобов'язань за договором, про допустимість безоплатних ліцензійних договорів у відносинах між підприємцями тощо.

Так, на думку Є. А. Моргунової, якщо договір відплатний, то він двосторонньо зобов'язує, а якщо безоплатний, то він односторонній [136]. О. Л. Маковський займає протилежну позицію, вважаючи, що двосторонньо

зобов'язуючим слід вважати і безоплатний договір, оскільки на ліцензіата-користувача в усякому разі покладено передбачений ст. 1109 ЦК України обов'язок використовувати відповідний об'єкт лише в межах та у спосіб, прямо передбачених умовами договору, а на ліцензіар-правоволодільца – обов'язок утримуватися від дій, здатних ускладнити здійснення ліцензіатом свого права використання відповідного об'єкта [91, с.336]. Вважаємо, що позиція Є. А. Моргунова є більш обґрунтованою.

Утім обґрунтування односторонньо зобов'язуючого характеру безоплатного договору простої (невиключної) ліцензії вимагає відповіді на питання, чи є припустимим висновок про безоплатність ліцензійних договорів (особливо у стосунках між підприємцями) у принципі та чи не підпадають вони під ризик заперечування договору з підстав, передбачених для формально схожого з ним договору дарування.

Умова про ціну відплатного ліцензійного договору (обумовленої договором винагороди) також є істотною умовою договору, оскільки за відсутності у безкоштовному ліцензійному договорі умови про розмір винагороди або порядок його визначення договір вважається не укладеним. Таким чином, для визнання договору укладеним необхідно або зазначення розміру (або порядку визначення розміру) ліцензійного винагороди, або – в силу дії презумпції оплатності ліцензійного договору – прямої вказівки на його безоплатність. Як убачається, при вирішенні спору, що викликаний невиконанням або неналежним виконанням відплатного договору, необхідно враховувати, що в разі, якщо у договорі немає прямої вказівки про ціну, і вона не може бути визначена з умов договору, оплата має здійснюватися за ціною, яка при порівнянних обставинах звичайно стягується за аналогічні товари, роботи або послуги. У разі наявності розбіжностей щодо умови про ціну і недосягнення сторонами відповідної угоди договір вважається не укладеним.

Хоча вільні ліцензії не вимагають безоплатності, як уже зазначалось вище, всі відомі конструкції вільних ліцензій передбачають укладення безоплатних

ліцензійних договорів. Договірні ризики, пов'язані з можливими аналогіями між безоплатними ліцензійними договорами і договором дарування у відносинах між комерційними організаціями (а правовласниками і користувачами часто є саме вони) вже не розглядаються як гостра проблеми в юридичній літературі. Однак необхідно наголосити, що в науці існують різні позиції щодо цього питання. Так, В. В. Погуляєв вважає, що безоплатний ліцензійний договір не може бути укладений між комерційними юридичними особами [136].

На наш погляд, аналіз чинного законодавства все ж дозволяє зробити висновок на користь визнання можливості укладення безоплатних ліцензійних договорів між комерційними юридичними особами. У цілому позиція дослідників, яку ми вважаємо переконливою, зводиться до того, що ліцензійний договір не може бути визнаний різновидом договору дарування. Особливо це важливо саме для вільних ліцензій. Так, наприклад, С. А. Серєда вважає, що оскільки щодо договору дарування чітко зазначено, що за наявності зустрічної передачі речі або права або зустрічного зобов'язання договір не визнається даруванням. А оскільки будь-який ліцензійний договір обов'язково містить вимоги до способів використання твору, визнати його договором дарування не можна ні за яких обставин. Якщо ж говорити конкретно про вільні ліцензії, то, крім зазначених, вони містять і додаткові зустрічні зобов'язання ліцензіата про розповсюдження похідних творів і примірників вихідного твору [9]. Н. Мальцева, зазначаючи, що за ліцензійним договором не відбувається передачі речі у власність, так само як і повної поступки майнових прав, а обмежений характер наданих за ліцензійним договором прав не відповідає змісту дарування [84, с.9]. Цю ж позицію поділяє і О. Савельєв, який вважає, що, по-перше, деякі вільні ліцензії (наприклад, GPL, LGPL, MPL, CPL тощо) містять у собі низку зобов'язань, покладених на ліцензіата, що виключає можливість кваліфікації такої угоди як договору дарування. У переважній більшості випадків ринкова ціна програмного забезпечення, яке розповсюджується на умовах вільної ліцензії, буде дорівнювати нулю. По-друге, найголовніше полягає у тому, що в

разі вільних ліцензій відсутня підстава, заради якої обмеження на дарування між комерційними організаціями вводилося. Як відомо, такою підставою є захист інтересів кредиторів. Однак у випадку з вільними ліцензіями загрози інтересам кредиторів не існує – будь-яка особа може при бажанні придбати відповідні права. І обґрунтованої необхідності займатися формалізмом і притягувати норму просто немає [4, с.80]. Крім того, як наголошують Є. А. Дедков і Є. Б. Александров, стаття про дарування не може бути застосована за аналогією оскільки згідно зі ст.6 ЦК України умовою застосування аналогії закону є неврегульованість відносин законодавством або угодою сторін, а в даному разі відносини врегульовані. Отже, за суб'єктами має визнаватися право укладати безоплатні договори [137, с.402].

Зважаємо, що ст. 1109 ЦК України слід доповнити частиною 10 такого змісту: «Не допускається безоплатне надання права використання результату інтелектуальної, творчої діяльності у відносинах між підприємницькими юридичними особами на території всього світу і на весь термін дії виняткового права на умовах виключної ліцензії, якщо цим Кодексом не встановлено інше» (додаток А). Цей юридико-технічний прийом, який отримав назву контекстного умовчання, передбачає, що допускається укладення інших видів ліцензійних договорів, у тому числі договорів простої (невиключної) ліцензії, що в цілому відображає специфіку ліцензійного договору, обумовлену нематеріальною інформаційною природою інтелектуальної власності.

3. Додаткові права та обов'язки сторін, передбачені типовими вільними ліцензіями. На перший погляд, виходячи з принципу свободи договору, сторони можуть передбачити інші взаємні права та обов'язки, пов'язані з використанням твору, наприклад, що впливають з обмежень можливості використання твору, що характерно для типових вільних ліцензій. Такої точки зору, зокрема, дотримується О. Савельєв, про що ми вже зазначали вище.

Однак більш докладний розгляд типових ліцензій дозволяє висунути тезу про те, що мова йде не про нові обов'язки, а про обмеження права використання (або входять до нього правомочностей) шляхом встановлення заборон.

Убачається можливим у зв'язку з цим погодитися з думкою В. А. Белова, який розглядає категорію обмежень самостійну правову форму рефлексорної дії права. Так, він зазначає, що тоді як система суб'єктивних прав і юридичних обов'язків визначає позитивну сторону, відповідно, активного і пасивного правового статусу, система правових обмежень описує їх негативні сторони. Так, говорячи про права та обов'язки, ми характеризуємо поведінкові акти, які суб'єкт може або повинен за тих чи інших умови здійснювати, а також актах, від здійснення яких (нормального в іншій ситуації) він у певних випадках повинен утримуватися. Говорячи ж про обмеження, ми описуємо те, до чого суб'єкт юридично не здатний і на що він не має права – стан безправ'я або неправя; інакше – обмеження характеризують те, що суб'єкт права змушений терпіти (з чим він змушений миритися). У даному значенні поняттю «правове обмеження» відповідає антонім (антипод, протилежність) поняттю «цивільні правовідносини» (зв'язки суб'єктивного права і юридичного обов'язку):

1) права і обов'язки характеризують позитив (твердження), обмеження – негатив (заперечення);

2) предметом права і обов'язку є акт фактичної поведінки, предметом обмеження – можливість здійснення юридичної дії;

3) право і обов'язок можуть бути як реалізовані (здійснені, виконані), так і порушені, в той час як обмеження непорушне, незалежно від того, чи бере його до уваги суб'єкт, до поведінки якого воно відноситься, чи ні. Поведінкові акти, вчинені за рамками обмежень, не приведуть до досягнення намічених ними юридичних наслідків [49, с.211]. Отже, обмеження існують поза правовідносинами, не породжують ні нових суб'єктивних прав, ні кореспондуючих їм обов'язків.

Таким чином, видається обґрунтованим висновок, що юридичний зміст правовідносин, що виникає в зв'язку з укладенням договору простої ліцензії складають два зобов'язання – з надання права використання і з виплати винагороди. Оскільки вільна ліцензія не передбачає за загальним правилом стягнення плати за використання твору, то зміст договірних правовідносин, що виникає у зв'язку з акцептом вільної ліцензії, становить лише зобов'язання з надання права використання твору певними способами, на певній території і на певний термін, що дозволяє охарактеризувати договір, що укладається за допомогою акцепту вільної ліцензії, як односторонньо зобов'язальний.

Висновки до розділу 3

1. Право на розпорядження майновими авторськими і суміжними правами у формі ліцензії, зокрема, у формі відкритої (вільної) ліцензії, як право на ofertу, належить до категорії цивільної правоздатності. Це обумовлено тим, що суб'єкт права інтелектуальної власності діє за власною волею і у власному інтересі, чим породжує для себе самого стан пов'язаності.

2. У разі видачі відкритої (вільної) ліцензії виникають не правовідносини, а особлива правова форма, що характеризується спрямованим впливом на правове становище ліцензіара, з чого випливає уявлення про неї як про форму прояви цивільної правоздатності.

3. Поведінка ліцензіара характеризується рефлекторним впливом на сферу правових можливостей потенційного ліцензіата, при цьому така поведінка може розглядатися як різновид рефлексивних правових ефектів.

4. Об'єктом права на відкрите (вільне) ліцензування, як поведінкову можливість суб'єкта, що реалізується поза межами правовідносин, є суб'єктивні права володіння і використання об'єкта авторського права.

5. Виходячи з положень чинного законодавства, суб'єктом зазначеної можливості можуть бути правоволоділець, а також особа, яка отримала право використання за договором (ліцензіат), при поєднанні двох умов:

(1) наявності письмової згоди ліцензіара;

(2) надання ліцензіату за договором права використання відповідного об'єкта способами, достатніми для вільного ліцензування.

Віднесення ліцензіатів до суб'єктів права на вільне ліцензування створює ризик безповоротної втрати можливості забороняти використання твору, що входить до складу виключного права відповідно до умов вільної ліцензії завдяки принципу безвідкличності останньої. У зв'язку з цим вважаємо доцільним встановлення законодавчої заборони на вільне субліцензування або віднесення повноваження ліцензіата з надання права використання за вільною

ліцензією правомочностей, що вимагає окремої згоди володільця виключного права. Для цього пропонуємо доповнити ст. 1108 ЦК України частиною 5 такого змісту: «Ліцензіат не має права надати право використання результату інтелектуальної, творчої діяльності або прирівняних до них об'єктів іншій особі за вільною або відкритою ліцензією».

6. Дії оферента-ліцензіара, спрямовані на виникнення стану пов'язаності з потенційним акцептантом-користувачем, переводять у категорію правонездатності вимоги про усунення третіх осіб від впливу на належний оференту-ліцензіару об'єкт авторського права, безумовно, безповоротно і безстроково, роблячи останні юридично незобов'язаними (забороненими). Викладене змінює уявлення про абсолютну природу виключного права. Хоча останнє вже характеризувалося як послаблене абсолютне право, що пояснювало зумовленими інформаційною природою інтелектуальної власності обмеженнями, які мають об'єктивний характер, тобто не залежать від волі суб'єктів права. Інститут вільної ліцензії дозволяє межі виключного права (точніше, межі правоздатності його володільця) ставити у залежність не лише від обмежень, встановлених позитивним правом (режим суспільного надбання, випадки справедливого вільного використання тощо), а й обтяжень, встановлених свідомо-вольовими поведінковими актами суб'єктів.

7. Правове регулювання суспільних відносин, що виникають у сфері вільного ліцензування є неефективним, тож існує необхідність подолання фактору такої неефективності, яким, на наш погляд, постає вимога про обов'язкову письмову форму договору простої (невиключної) ліцензії.

8. З правової природи вільної ліцензії випливає, що її акцептом можливе укладання лише договору простої (невиключної) ліцензії.

9. Аналіз змісту цивільних правовідносин, що виникають на підставі договору простої (невиключної) ліцензії, підтверджує, що до істотних умов договору можна віднести умови про предмет, атрибутивними компонентами

якого є умови про способи, термін і території використання), а також умова про винагороду в оплатному договорі.

10. Існування безоплатних договорів простої (невиключної) ліцензії чинним законодавством України допускається. Договір простої (невиключної) ліцензії є самостійною конструкцією; схожість з конструкцією договору дарування є формальною, тож не дає підстав для виникнення можливості заперечення договору з причин, передбачених для договору дарування.

Зміст договірних правовідносин, що виникають у зв'язку з акцептом вільної ліцензії, становить лише зобов'язання з надання права використання твору певними способами, на певній території і на певний термін, що дозволяє охарактеризувати договір, укладений за допомогою акцепту вільної ліцензії, як односторонньо зобов'язальний.

РОЗДІЛ 4. ОБМЕЖЕННЯ ПРАВОМОЧНОСТІ РОЗПОРЯДЖЕННЯ МАЙНОВИМИ АВТОРСЬКИМИ І СУМІЖНИМИ ПРАВАМИ

Розвиток новітніх інформаційних технологій сприяв тому, що копіювати і поширювати твори стало значно простіше. Інтернет-технології відкривають великі можливості для ефективного використання цифрового контенту в мережі Інтернет. Разом з тим стосовно одного об'єкта одночасно виникає багато різнопланових інтересів правоволодільців, користувачів, провайдерів, що вимагає збалансованого підходу до використання творів, що охороняються авторським та суміжним правом. З одного боку, необхідно охороняти права і законні інтереси правоволодільців, з іншого – слід забезпечувати доступ до творів і їх добросовісне вільне використання користувачами у випадках, прямо передбачених законом або у межах дозволеного використання у формі ліцензії. Під добросовісним вільним використанням творів (fair use) в авторському праві розуміється використання охоронюваного результату інтелектуальної, творчої діяльності без згоди автора і без виплати винагороди. Незважаючи на те, що дана концепція знайшла своє застосування в авторському праві і суміжних правах, за справедливою думкою О. Войніканіс і М. Якушева, ніщо не заважає легалізувати дане поняття також і в інших сферах права інтелектуальної власності [138, с.53].

Зауважимо, що згідно зі ст. 1108 ЦК України правоволоділець може розпоряджатися належним йому виключним (майновим) правом на результат інтелектуальної, творчої діяльності будь-яким способом, що не суперечить закону і суті виключного права. В. П. Грибановим було відзначено існування як меж самого права, так і меж його здійснення. При цьому вихід за межі здійснення права без виходу за межі самого права породжує зловживання правом [174, с.46]. Контраргументи наведеному вище поняттю «зловживання правом» були висловлені В. І. Ємельяновим, який зазначив, що сукупність правових норм, що обмежують суб'єктивне право, не створює іншої ідеальної

моделі поведінки, відмінної від тієї, яка встановлена управомочувальною нормою. Не можна говорити, що цими нормами встановлюються межі здійснення суб'єктивних прав [139, с.54–55]. Аналогічна точка зору висловлена В. М. Пашиним, який вказав на те, що і межі права, і межі здійснення права, оскільки і ті й інші встановлюються законом, завжди є об'єктивними, загальними і дійсними [140, с.42]. Межами існування майнових прав інтелектуальної власності є передусім терміни і території їх дії. Як обмеження дії права володільця авторських прав на розпорядження належним йому виключним правом можуть розглядатися випадки вільного використання, встановлені законом. Разом з тим, як зазначає А. Ю. Кувирикова, в контексті меж здійснення виключних суміжних прав межа їх здійснення не носить абсолютного характеру, і, в свою чергу, обмежений на користь володільців суміжних прав [141, с. 78].

Обмеження дії виключного права за законом можуть трактуватися як встановлення легальних рамок (перешкод, перепон, бар'єрів) поширення цього права для його власника щодо різних способів використання об'єктів права третіми особами без виплати або з виплатою винагороди [142, с.6].

Р. І. Сітдікова вказує на передбачені законодавцем спеціальні випадки, за яких можливе використання творів без згоди автора, визначаючи такі випадки як вільне використання творів [143, с.221]. С. А. Сударіков відносить випадки вільного використання творів до обмежень інтелектуальної власності [144, с.8].

Ю. Н. Андреев визначає обмеження прав як встановлення меж (меж) їх реалізації та здійснення, передбачених законом в публічних і приватних інтересах, які стримують (обмежують) повноваження правовласників за допомогою обмежувальних заходів (заборон, зобов'язування, призупинення тощо) з метою гармонійного поєднання суспільних, державних та приватних інтересів [173, с.27]. На думку О. Луткової і Д. Черник, інститут вільного використання породжує неможливість заборони здійснення деяких прав щодо авторських творів третіми особами. Відповідно ці права не можуть бути

передані правоволодільцем на підставі ліцензійної угоди [145, с.48]. А. В. Малько звертає увагу на те, що обмеження мають займати у правовому режимі лише строго відведене місце [146, с.47]. Слід відзначити, що вказані висловлювання вже не відображають сучасного стану міжнародної практики укладення ліцензійних договорів, видачі ліцензій, де більшість правоволодільців здійснюють самообмеження прав.

Класифікація та систематизація обмежень майнових прав авторських і суміжних прав, що впливає на характер ліцензійних відносин, може бути проведена на основі різних критеріїв. Так, наприклад, О. А. Міст здійснює її за видом інтересів, на задоволення яких вони спрямовані: майнові, соціальні чи гуманітарні [147, с.7]. Класифікація може бути проведена також з точки зору використання творів в особистих цілях або в інтересах суспільства. Що стосується використання творів в особистих цілях, на думку окремих авторів, таке використання має бути обумовлено необхідністю [74, с.12].

Зважаючи на транскордонний характер Інтернету, способи вільного використання об'єктів авторського та суміжних прав у мережі Інтернет, встановлені в зарубіжному і українському законодавстві, становлять безсумнівний інтерес.

Як наголошується в Європейському кодексі авторського права, швидкі темпи розвитку сучасних технологій роблять потенційно можливі способи і форми використання творів абсолютно непередбачуваними і, як наслідок, детермінують необхідність вироблення гнучкої системи винятків і обмежень з авторського права і суміжних прав [148, с.7]. При цьому гнучкість системи повинна поєднуватися з високим ступенем її визначеності і стабільності.

Говорячи про встановлені сьогодні обмеження та виключення з авторських і суміжних прав, голландський професор Бернт Гугенхольц у своєму звіті «Вільне використання творів у Європі. У пошуках гнучкості» [149, с.10] вказує на те, що наявні обмеження і виключення рідко застосовуються, наприклад, з урахуванням освітньої і наукової практики використання творів, наприклад,

використання творів, що охороняються авторськими і суміжними правами в презентаціях Powerpoint, у віртуальних класах і аудиторіях, на сайтах університетів або в листуванні між вченими за допомогою електронних повідомлень.

На думку С. Дюсолє, І. Пульє та М. Бюйдена, в той час як багато фахівців з авторського права вважають виключення простою поступкою, що надається автором на певні способи використання, зростає число тих, хто вимагає, щоб виключення розглядалися як права користувачів [150, с.76]. Цей підхід становить особливий інтерес у світлі розпорядження правами на підставі ліцензії, зокрема, їх використання в мережі Інтернет.

Соціальні Інтернет-ресурси останнім часом широко застосовуються як засіб культурного і соціального спілкування між людьми. Разом з тим існуюча система авторських і суміжних прав не містить будь-яких положень, спрямованих на законодавче регулювання контенту користувачів (user – generated content), у тому числі, створеного шляхом переробки вже існуючих творів. Популярність користувацького контенту в мережі Інтернет величезна. Серед сайтів, заснованих на даному виді контенту, можна, наприклад, виділити Вікіпедію, Живий Журнал, соціальну мережу Facebook, відеопортал YouTube і багато інших.

Компанія Facebook вказує на те, що здійснення міжнародної підприємницької діяльності, що ґрунтується на призначеному для користувача контенті, тобто творах, створюваних користувачами безпосередньо в мережі Інтернет, часто групами (user generated content), вимагає гнучкості в підходах до регулювання авторського права таким чином, щоб забезпечити можливість для розвитку потенційно успішних бізнес-моделей, заснованих на даному виді творів (призначеному для користувача контент) [151, с.45]. Здається, відсутність законодавчого регулювання користувацького контенту робить наслідки розпорядження виключними правами на даний вид контенту сумнівними і непередбачуваними.

На території ЄС, як і в Україні, вільне використання творів, що охороняються авторським та суміжним правом, обмежене закритим переліком випадків, у яких даний вид використання можливий, наприклад, допускається використання творів без згоди автора з метою цитування, висвітлення поточних подій, проведення наукових досліджень або в архівних цілях. При цьому використання творів, як правило, обмежено некомерційними цілями. У рамках встановлених способів вільного використання країни-члени ЄС можуть встановлювати той чи інший обсяг виключень і обмежень на національному рівні. Разом з тим окремі країни не можуть виходити за рамки встановленого переліку способів вільного використання.

Таким чином, з огляду на закритий перелік способів вільного використання об'єктів авторського права і суміжних прав, встановлений в ЄС, нові способи відтворення творів, які стали доступні завдяки розвитку технологій, є незаконними. Їх використання вимагає згоди правоволодільця. Більш того, навіть ті способи, які підпадають під встановлений в ЄС перелік вільного використання, можуть вимагати схвалення з боку законодавчих органів тієї чи іншої країни-члена ЄС. Це, у свою чергу, вимагає значної витрати часу на легалізацію нових технологій. Серед негативних наслідків такого підходу можна виділити такі:

а) необґрунтовано жорстке (негнучке) застосування законодавства у сфері авторського права і суміжних прав може призвести до блокування правоволодільцями потенційно важливих нових технологій, що в кінцевому підсумку може стати перешкодою на шляху зростання і розвитку інновацій. Як приклад можна навести досвід Великої Британії, коли правовласники зіткнулися з розвитком таких технологій, як пошукові системи в мережі Інтернет. Наприклад, вчені особливо дослідники в медичній галузі, обмежені у використанні пошукових і аналітичних систем у сфері обробки даних у зв'язку з тим, що авторське право забороняє або обмежує можливість створення копій творів, у тому числі в пам'яті комп'ютера, без згоди правоволодільців;

б) обробка даних стала звичайним явищем у різних галузях економіки – від управління транспортом до надання послуг громадянам, що робить питання авторського права і суміжних прав, з точки зору потенційних обмежень розпорядження виключними правами в мережі Інтернет, особливо гострими. На думку, наприклад, професора Харгрівза, авторське право в його нинішній формі є перешкодою на шляху інновацій та пов'язаних з ними економічних можливостей [151, с.43];

в) наростання невідповідності між способами вільного використання творів, закріпленими в законодавстві, і фактичною поведінкою більшості користувачів. Це пов'язано з тим, що цифрові технології дозволяють використовувати, зокрема й повторно, способи, які більшість користувачів не вважають неправомірними, такими, що порушують авторські та суміжні права правоволодільців. Наприклад, можливість обмінюватися музичними творами в цифровому форматі з членами сім'ї і друзями або створення копій творів, записаних на CD-диск, на інших пристроїв для запису дисків, щоб слухати музику в автомобілі або зберігати її з CD-диска в пам'яті комп'ютера або MP3-пристроїв. Більшість користувачів також не вважають протиправним і таким, що порушує права правоволодільців, домашнє відео, складовою частиною якого є епізодичні другорядні включення результатів інтелектуальної, творчої діяльності, і викладання даного відео в соціальних мережах. Для багатьох користувачів абсолютно не зрозуміло, чому позичити книгу другу – це законно, а цифровий файл, який містить музику, – ні. Зауважимо, що деякі сервіс-провайдери поширюють результати інтелектуальної, творчої діяльності у мережі Інтернет з дозволом на можливість зміни формату (наприклад, музичні твори з сервісу iTunes компанії Apple) або з можливістю «позичити» файл, тобто з можливістю ділитися з іншими користувачами (наприклад, електронні книги, які можна придбати на сайті Amazon). При цьому додаткова плата за дані види використань не стягується.

Суди в країнах ЄС взагалі негативно оцінюють необхідність буквального застосування встановлених обмежень і виключень з авторського права, у зв'язку з чим часто знаходять правові підстави для більш м'якого їх тлумачення шляхом застосування загальних правових норм або норм, які пов'язані з авторським правом.

Включення в правову систему авторського права ЄС триступеневого тесту і його буквальне застосування в деяких країнах ЄС призвело до значного зниження рівня правового захисту у сфері авторського права, оскільки судам рекомендується перевіряти і інтерпретувати законодавчо встановлені виключення та обмеження з точки зору широких норм триступеневого тесту. Таким чином, право на використання того чи іншого об'єкта авторського права або суміжних прав без згоди правоволодільця, встановлене національним законодавством, може бути в кінцевому підсумку нівельовано судом на основі того, що подібне використання не витримує триступеневого тесту, встановленого Директивою ЄС «Про гармонізацію деяких аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційному суспільстві» [153]. Триступеневий тест полягає у такому:

- 1) обмеження і виключення з авторських і суміжних прав, що застосовуються, мають бути визначені в конкретних випадках;
- 2) обмеження і виключення з авторських і суміжних прав не повинні перешкоджати нормальному використанню твору;
- 3) обмеження і виключення з авторських і суміжних прав не повинні обмежувати безпідставно законні інтереси автора. Триступеневий тест був встановлений Бернською конвенцією (ст. 9 (2)), Угодою ТРІПС (ст. 13) та Договором з авторського права (ст. 10). У кінцевому підсумку це призвело до того, що правова охорона на території ЄС, яка повинна забезпечуватися за допомогою встановлених обмежень і виключень з авторських і суміжних прав, була суттєво послаблена.

Розглянемо підходи, що застосовуються в судовій практиці країн-членів ЄС, при тлумаченні норм про вільне використання творів, що охороняються авторським правом. Почнемо зі справи про твори Бертольда Брехта (Німеччина): рішення Федерального Конституційного суду Німеччини прийнято щодо твору, який містить численне цитування (в загальному обсязі близько 4 сторінок) зі збірки творів Бертольда Брехта. Хоча цитування не відповідало вимогам і умовам, встановленим законодавством Німеччини, що стосується права на цитування твору, суд, тим не менше, дійшов до висновку про те, що зважаючи на принцип свободи творчого вираження, закріплений у ст. 5 (3) Конституції Німеччини, право на цитування заслуговує більш широкого трактування в частині творчих творів. Тлумачення виключень з авторського права має здійснюватися таким чином, щоб відображати баланс інтересів. У даному разі суд визнав, що комерційні інтереси правоволодільця мають поступитися інтересам користувача в частині створення творчих коментарів [149, с.11]. Таким чином, суд, звернувшись до більш загальної норми Конституції Німеччини, відійшов від прямих положень законодавства про авторське право і застосував більш м'яке тлумачення обмежень і виключень з авторського права, ніж того вимагає Інформаційна директива ЄС і триступеневий тест. Разом з тим у контексті даного питання обґрунтованою вбачається пропозиція Ю. А. Леонтьєвої про необхідність нормативного визначення допустимих обсягів цитування, а також понять «малооб'ємні твори» і «короткі уривки» [154, с.13].

Наведемо як приклад справу, пов'язану з пошуком у картинках Google (Німеччина): рішення Вищого Федерального Суду Німеччини щодо пошуку в картинках, що надає компанія Google, служить ще одним прикладом того, як суд, обмежений закритим переліком виключень і обмежень з авторського права, шукає більш гнучкі підходи до вирішення спірних ситуацій поза авторського права. Визнаючи той факт, що право на цитування згідно з авторським правом Німеччини не дозволяє здійснювати відтворення і доведення до загального

відома за допомогою мережі Інтернет зображень, що охороняються авторським правом, які в мініатюрному зменшеному вигляді доступні завдяки пошуку в картинках, пропонованому компанією Google, німецький Суд став на бік відповідача – компанії Google, застосувавши доктрину передбачуваної згоди. Суд визнав, що використання компанією Google охоронюваних зображень не порушує авторських прав правоволоділців у зв'язку з тим, що правоволоділець дав свою згоду на використання відповідних зображень у пошуковій системі шляхом розміщення зображень в мережі Інтернет без застосування будь-яких засобів технічного захисту, спрямованих на блокування автоматичної індексації та відображення онлайн-контенту пошуковою системою [149, с.12]. Разом з тим суд зазначив, що використання зображень у формі невеликих картинок, здійснюване пошуковими системами без згоди правоволоділців, не може розглядатися як цитування творів, передбачене Законом Німеччини «Про авторське право і суміжні права» від 1 січня 2007 р. [59]. Суд, дотримуючись традиційного підходу в тлумаченні обмежень і виключень з авторського права, зазначив, що ні технологічний розвиток у сфері поширення інформації за допомогою мережі Інтернет, ні інтереси сторін, на захист яких спрямовані відповідні виключення, не виправдовують широке тлумачення положень Закону Німеччини «Про авторське право і суміжні права». Ні право на свободу інформації інших Інтернет-користувачів, ні право на свободу передачі інформації або свободу торгівлі в частині провайдерів пошукових систем, не вимагає такого широкого трактування обмежень і виключень з авторського права [149, с.16]. Таким чином, Суд застосував більш вузький підхід до тлумачення обмежень і виключень з авторського права, встановлених на території ЄС у цілому і в Німеччині зокрема.

Ще одним цікавим прикладом тлумачення виключень з авторського права видається справа агентства нерухомості NVM проти пошукової системи ZAH, розглянута в Голландії: агентства нерухомості, які є членами Голландської асоціації агентств нерухомості, надавали на своїх веб-сайтах інформацію про

нерухомість, що продається даними агентствами. Інформація про всю нерухомість, що продається через мережу агентств NVM, була зібрана на одному веб-сайті www.funda.nl. Пошукова система ZAH щодня сканує практично всі сайти нерухомості. Результати пошуку доступні на веб-сайтах компанії ZAH (www.zoekallehuizen.nl і www.zah.nl) і є великими посиланнями на веб-сайти агентств нерухомості. При цьому пошуковий сервіс ZAH не запитував дозволу мережі агентств нерухомості NVM на подібне надання інформації користувачам [155, с.22–23]. Апеляційний суд Аркхема дійшов висновку, що в даному разі до пошукової системи може бути застосоване право на розширене (розгорнуте) цитування. На думку суду, результати пошуку лише сповіщають користувачів про контент, який знаходиться на сайті. У даному контексті відзначимо точку зору С. В. Коростельової, яка вказує на те, що розміщення посилання не може розширювати аудиторію шляхом використання твору, оскільки твір і так відкрито для всіх користувачів Інтернету вже завдяки знаходженню його в мережі. Таким чином, відсилання до певної адреси в Інтернеті не означає саме по собі використання об'єкта, що знаходиться у конкретний момент часу за цією адресою [156, с.20]. Однак відповідно до підходу голландських судів до виключень і обмежень з авторського права надання результатів пошуку у формі невеликих зображень (пошук в картинках) підпадає під цитування творів.

Незважаючи на досить широке тлумачення обмежень і виключень з авторського права в країнах-членах ЄС, зокрема, положень про цитування творів і переадресацію, вважаємо, що в деяких випадках може все-таки мати місце порушення особистих немайнових прав автора. Як приклад можна навести переадресацію користувача з одного сайту на інший сайт, де розміщується об'єкт авторського права, але при цьому при переході користувача за посиланням супутньо завантажуються зображення зі сторінки сайту, з якого була зроблена переадресація.

Більш вузький підхід до тлумачення обмежень і виключень з авторського права застосовується судами у Франції, зокрема в справі Мальхольнд Драйв, ініційованому користувачем, який придбав DVD-диск з фільмом Девіда Лінча «Мальхольнд Драйв». Для перегляду фільму користувач мав намір перетворити його в формат VHS, але технічні засоби захисту, які були застосовані виробником фільму, не дозволили йому це зробити. Верховний суд Франції застосував до даної ситуації триступеневий тест. Суд вказав, що право на копіювання твору в особистих цілях не може застосовуватися в обхід технічних засобів захисту творів в тих випадках, коли це буде заважати нормальному використанню твору його правовласником.

Розглядаючи право на копіювання твору в особистих цілях з точки зору трехступеневого тесту, Верховний суд Франції скасував рішення Апеляційного суду Парижа, згідно з яким розглянуте у справі право на копіювання твору в особистих цілях не заважає нормальному використанню фільму, записаному на DVD-диск. Верховний суд Франції скасував дане рішення з двох причин: по-перше, Суд вказав на те, що конфлікт з нормальним використанням твору повинен розглядатися з точки зору підвищених ризиків піратства в цифровому середовищі, а, по-друге, поширення кінематографічного твору на DVD-диск здійснювалося правоволодільцям з метою компенсації витрат на виробництво фільму. У результаті такого підходу до триступеневого тесту застосування у Франції положень про копіювання творів в особистих цілях як обмеження і виключення з авторського права в частині використання творів в цифровому середовищі, фактично, поставлено під сумнів [149, с.19–20].

Разом з тим судова практика у Франції не настільки однозначна в підходах до тлумачення обмежень і виключень з авторського права. Як приклад більш широкого підходу до тлумачення виключень з авторського права, аналогічного підходу, що застосовується судами Голландії і частково Німеччині, можна навести справу Saif проти Google, розглянуту у Франції у зв'язку з наданням

компанією Google результатів пошуку в формі невеликих зображень (пошук в картинках).

Розглядаючи дану справу, апеляційний суд Парижа вказав на те, що власники виключних прав на зображення не повідомили компанію Google про певне розташування сторінок (тобто не надали точні URL-адреси сторінок, на яких знаходяться зображення, які правоволодільці хотіли б видалити з результатів пошуку. Таким чином, компанії Google фактично була надана «безпечна гавань» у Франції стосовно пошуку в картинках. У цій справі компанія Google розглядалася як пасивний сервіс-провайдер [149, с.12].

Наведені приклади з судової практики країн-членів ЄС дозволяють зробити висновок, що національні суди, за загальним правилом, дотримуються прямого тлумачення обмежень і виключень з авторського права. Разом з тим це не заважає судам в окремих випадках відступати від даного підходу з метою прийняття зважених збалансованих судових рішень. Таким чином, сама вимога про вузьке (пряме) тлумачення обмежень і виключень з авторського права, є досить гнучким у судовій практиці.

Багато виключень, зазначених в Інформаційній директиві ЄС [157], більшою мірою є моделями, застосування яких допускається на національному рівні, але вони позбавлені гнучкості. Відзначимо кілька способів вільного використання, зазначених у цьому документі:

а) відтворення творів в особистих цілях без отримання прибутку на будь-якому матеріальному носії. Встановлюючи даний вид вільного використання, законодавець не уточнює, чи повинні використовуватися для відтворення в особистих цілях виключно легальні копії творів та/або ресурси для їх отримання;

б) відтворення здійснюється публічними бібліотеками, освітніми установами, музеями або архівами на некомерційній основі (без отримання прибутку);

в) використання творів у наукових цілях (з метою проведення наукових досліджень на некомерційній основі), а також як ілюстрацій в освітніх цілях. При цьому джерело запозичення творів має бути обов'язково зазначено. Щодо даного способу вільного використання слід зауважити, що організаційно-правова форма суб'єктів, які здійснюють цей спосіб використання, а також джерело їх фінансування не впливають на можливість вільного використання творів у наукових і освітніх цілях, за умови дотримання двох основних вимог: вказівка джерела запозичення твору і здійснення вільного використання на некомерційній основі;

г) використання засобами масової інформації опублікованих статей з поточних економічних, політичних або релігійних тем в оглядах поточних подій, а також використання політичних промов, уривків з публічно виголошених лекцій та інших подібних матеріалів. У даному разі вільне використання твору має бути виправдане поставленою інформаційною метою і, якщо тільки це не є неможливе, вимагає зазначення імені автора твору;

д) цитування уривків з оприлюднених творів з метою огляду або критики. При цьому обсяг цитати має бути виправданий поставленою метою, з обов'язковим зазначенням імені автора;

є) використання творів з метою створення пародій, карикатур або попури;

ж) довільне включення твору, що охороняється, у будь-який матеріал як складову частину.

Обсяг виключень та обмежень авторських і суміжних прав, який встановлюється на національному рівні і заснований на моделях, наведених вище, може відрізнятись в різних країнах ЄС. Одні з них встановлюють у національному законодавстві більш гнучкі моделі з досить загальними формулюваннями, що ґрунтуються на виключеннях та обмеженнях, що містяться в Інформаційній директиві ЄС, інші, навпаки, – менш гнучкі.

Авторське право ЄС вимагає встановлення такої системи обмежень і виключень з авторського права, яка дозволила б одночасно забезпечити високий

рівень правового захисту і стабільності (передбачуваності) системи авторського права. Ця мета може бути досягнута шляхом поєднання точних правових норм з достатнім рівнем їх гнучкості. Як приклад подібної квазівідкритої структури виключень та обмежень авторського права можна навести Європейський кодекс авторського права (European Copyright Code).

Цей Кодекс (далі - ЄКАП) є комбінацію квазівідкритої системи обмежень, властивих загальному праву, і системи закритого переліку випадків вільного використання, що властива європейському континентальному праву. З одного боку, вказівка на можливість застосування положень ЄКАП до аналогічних випадків забезпечує високий рівень гнучкості правових норм, яка є необхідною в умовах, коли неможливо передбачити всі ситуації і технології, до яких можуть застосовуватися встановлені обмеження і виключення з авторського права.

З іншого боку, гнучкість правових норм обмежена двома обов'язковими умовами. По-перше, можливість застосування обмежень і виключень з авторського права, встановлених у ЄКАП, обмежена аналогічними випадками. Таким чином, суди можуть дозволити вільне використання творів лише в тому разі, якщо може бути встановлена відповідна аналогія з тими способами вільного використання, які прямо закріплені в ЄКАП. По-друге, аналогічне використання не повинно заважати нормальному використанню творів правоволодільцями і необґрунтовано обмежувати їх законні інтереси.

У разі, якщо розпорядження виключними правами на твори, що охороняються авторським правом, здійснюється за допомогою технічних засобів, на правоволодільця покладається обов'язок надати доступ до творів і можливість їх вільного використання у встановлених ЄКАП випадках на таких умовах:

а) бенефіціар вільного використання має законний доступ до охоронюваного твору;

б) використання твору здійснюється лише в обсязі, необхідному для досягнення мети відповідного вільного використання;

в) правоволоділець вправі приймати розумні заходи з обмеження допустимої кількості відтворень.

Таким чином, хоча на правоволоділця і покладено обов'язок з надання доступу до твору з метою його вільного використання, в поєднанні з технічними способами розпорядження виключним правом на твір в мережі Інтернет (наприклад, у поєднанні з системою DRM), правоволоділець зберігає за собою високий рівень контролю за використанням свого твору користувачами у мережі Інтернет.

Згідно з ЄКАП способами використання творів, що допускаються без згоди автора і без виплати винагороди, з огляду на їх мінімальне економічного значення, є такі:

- а) створення резервної копії твору користувачем, що правомірно використовує твір, у разі, якщо це необхідно для даного виду використання. Даний спосіб є особливо актуальним при використанні комп'ютерних програм;
- б) довільно включати твори до складу тих чи інших матеріалів;
- в) використання твору у зв'язку з демонстрацією або ремонтом обладнання, відновленням оригіналу або примірника твору [148, с.19–20].

На нашу думку, практичне застосування даної норми викликає сумнів. Це пов'язано з тим, що включення того чи іншого результату інтелектуальної, творчої діяльності до складеного твору завжди є усвідомленим процесом. Зрозуміло, при цьому можна допустити випадок, коли особа, яка здійснила таке включення, не знала і не могла знати про те, що об'єкт охороняється авторським правом. Доцільність даної норми також викликає сумніви, оскільки не зрозуміло, чому при демонстрації або ремонті обладнання повинні використовуватися саме охоронювані об'єкти. На наш погляд, для даних цілей можуть використовуватися будь-які матеріали, що не охороняються в якості результату інтелектуальної, творчої діяльності або перейшли в суспільне надбання.

Необхідно також відзначити, що згідно зі ст. 5.3 ЄКАП відтворення твору фізичною особою в особистих цілях допускається лише у разі, якщо джерело (копія твору) якого використовується для створення екземпляра твору, не є очевидно незаконною. Зауважимо, що зазначена або аналогічна їй норма прямо не закріплена в законодавстві ні ЄС, ні України. Разом з тим доцільність її встановлення на законодавчому рівні не викликає сумнівів.

Обмеження, встановлені в ЄКАП, застосовуються до випадків використання творів з метою забезпечення свободи слова та доступу до інформації, сприяння досягненню соціальних, політичних і культурних цілей, підвищення конкурентності, а також з метою повідомлення про адміністративну, законодавчу чи судову діяльність. Будь-яке подібне використання допускається за умови дотримання вимог, встановлених для відповідного виду вільного використання, а також у разі, якщо воно не перешкоджає нормальному використанню твору правовласником і не порушує його законні інтереси.

Підсумовуючи, зазначимо, що:

1) необхідна розробка положень про розпорядження виключними правами і використання користувачького контенту, який створюється групами користувачів у мережі Інтернет. На нашу думку, зазначені твори, в разі їх охороноздатності за загальним правилом повинні перебувати у вільному використанні, якщо користувачем або групою користувачів прямо не встановлено інше;

2) зважаючи на зростання невідповідності між способами вільного використання творів, закріпленими в законодавстві, і фактичною поведінкою більшості користувачів, доцільно закріпити за користувачами право на відтворення в особистих цілях творів у форматах, відмінних від вихідного формату, в якому було придбано твір (наприклад, запис творів з CD-диска в MP3-формат);

3) з метою отримання максимальної користі з встановлених Інформаційною директивою ЄС обмежень і виключень з авторського права і

додання тим самим вільному використанню максимальної гнучкості та адаптивності до нових технологій, що постійно з'являються, може бути, на нашу думку, застосована буквальна і повна імплементація обмежень і виключень, встановлених Інформаційною директивою ЄС, у національні законодавства країн-членів ЄС. У поєднанні з триступневим тестом це призведе до встановлення квазівідкритих норм, практично так само гнучких, як і положення про вільне використання, встановлені в авторському праві США. Для тих країн-членів ЄС, які бажають підвищити рівень гнучкості правових норм про вільне використання, але при цьому зберегти вже існуючу структуру обмежень і виключень у національному праві, можуть бути більш загальні норми щодо обмежень та виключень з авторського права, що дозволить трактувати і оцінювати їх уповноваженими органами стосовно кожної конкретної ситуації.

В умовах розвитку цифрових технологій питання обмежень і виключень з авторських і суміжних прав, що впливають на ліцензійну форму розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, є актуальними на рівні не тільки країн Європейського Союзу, а й інших зарубіжних країн. Зазначимо, що правові обмеження спрямовані на стримування деструктивної активності окремих правоволодільців і підтримання балансу інтересів особистості і суспільства. Подібна думка висловлена В. А. Мікрюковою [158, с.221] і підтримана Н. Л. Свірідовим [159, с.30]. Як вважає професор Памели Самуельсон, політика у сфері інтелектуальної власності повинна враховувати публічну сферу і добросовісне використання результатів інтелектуальної, творчої діяльності. Нова політика має ґрунтуватися на розумінні того, що інформація є не лише товаром, вона також є важливим ресурсом і внеском в освіту, культуру, конкуренцію, інноваційну діяльність і демократію [160, с.170–171]. І з цим важко не погодитися.

У підґрунті підходу до виключень і обмежень з авторського права, що застосовується в США, лежить утилітарна модель, метою якої є сприяння

розвиткові науки і техніки, швидкій адаптації до нових технологій, які спрямовані на оптимізацію виробництва і розповсюдження творів серед громадськості.

Порівнюючи європейську і американську системи авторських і суміжних прав у частині вільного використання творів, відзначимо, що застосування положень про вільне використання творів судами в США забезпечує значно більший рівень правового захисту. Проте нормам американського авторського права не вистачає точності і визначеності, що врешті-решт робить правозастосовчу практику США у сфері авторського права менш передбачуваною, ніж в країнах-членах ЄС. Зважаючи на зазначені вище причини, просте запозичення американської моделі і заміна існуючої нині в країнах-членах ЄС системи обмежень і виключень з авторського права єдиної відкритої норми, такої як вільне використання у США, вбачається недоцільним.

Той позитивний економічний ефект, який приписують існуванню в США вільного використання, часто перебільшений. Вільне використання, з точки зору великих технологічних компаній, є лише одним з відмінних аспектів американського авторського права, хоча і, безумовно, дуже важливим. Положення про так звані безпечні гавані, встановлені у Законі США «Про авторське право в цифрову епоху» [161], як правило, відзначаються як ще один юридичний аспект, який сприяє інноваціям, і прийняття на себе ризиків, пов'язаних з їх розвитком, у зв'язку з тим, що зазначені положення закону в деяких випадках обмежують відповідальність провайдерів за переданий контент.

Разом з тим, наприклад, компанія Google вказує на те, що положення законодавства про вільне використання виконали роль ключового фактору для виникнення і успішного розвитку технологій індексації та пошуку інформації, що дозволило компанії стати однією з таких, що найбільш динамічно розвиваються у даній сфері [151, с.45]. Таким чином, хоча положення про виключення та обмеження з авторського права не є єдиним аспектом, який

сприяє зростанню і розвиткові технологій у США, гнучкість і лояльність законодавства про авторські та суміжні права до нових технологій має істотне значення для розвитку інновацій у цій країні.

Професор Харгрівз (Велика Британія) у своєму звіті ставить важливе і суттєве, на нашу думку, питання: чи може американський підхід до виключень і обмежень у авторському праві, що ґрунтується на так званому вільному використанні, ефективно застосовуватися в країнах Європейського Союзу, зокрема у Великій Британії. Професор Харгрівз вказує на те, що повне запозичення американської моделі вільного використання навряд чи приживеться в Європі, при цьому Велика Британія може отримати набагато більший позитивний ефект, імплементуючи у своє законодавство обмеження і виключення з авторського права, прийняті в ЄС. На думку автора звіту, доцільно також встановлення додаткових виключень, що сприяють кращій адаптації європейського авторського права до технологій майбутнього, при цьому зазначені обмеження не повинні порушувати права і законні інтереси правоволодільців [151, с.5]. Як приклад можливого виключення з авторського права професор Харгрівз наводить обмежене копіювання творів у особистих цілях, яке сьогодні є загальноприйнятим серед користувачів (наприклад, копіювання музичних творів з CD-диска в пам'ять різних цифрових пристроїв для прослуховування творів у машині чи вдома). З урахуванням того, що правоволодільці добре обізнані про подібні дії користувачів, вартість диска або скачування творів за допомогою мережі Інтернет повинна формуватися з урахуванням зазначеної активності користувачів.

Отже, обмежене копіювання творів у особистих цілях, що відповідає поточним потребам користувачів і розповсюджувачів контенту, що охороняється, вартість якого включається в загальну вартість, що стягується правоволодільцем, не спричинить за собою будь-яких збитків для останніх. Правоволодільці при цьому будуть вільні у встановленні вартості (компенсації)

за обмеження копіювання творів у особистих цілях на підставі ринкових механізмів.

Відповідно до рекомендацій, зроблених групою вчених, які здійснювали роботу над звітом Харгрівза, Уряд Великої Британії має рішуче опиратися надмірному регулюванню діяльності, яка не завдає шкоди основній меті авторського права, а саме положенням про стимулювання творчої активності авторів. Крім цього, Уряду рекомендується імплементувати в законодавство Великої Британії виключення та обмеження з авторського права, передбачені законодавством ЄС, у повному обсязі, що дозволить цій країні використовувати всі сприятливі можливості в рамках ЄС.

На думку британських учених, Велика Британія повинна зайняти лідируючу позицію в ЄС для цілей подальшого лобіювання винятків і обмежень з авторського права, спрямованих на створення в ЄС найбільш сприятливих умов для розвитку нових технологій. Подальший розвиток вільного використання творів може дозволити такі способи їх використання, які стануть можливими завдяки появі нових технологій. При цьому зазначені нові способи використання творів можуть не бути безпосередньо (прямо) пов'язаними з отриманням прибутку з творчої складової творів. Уряду також необхідно подбати про те, щоб зазначені обмеження і виключення з авторського права охоронялися від можливості їх обходу шляхом укладення договору [151, с. 52]. Підтримуючи в цілому зазначений підхід до розширення переліку способів вільного використання творів, відзначимо, що поява нових технологій і нових способів використання творів доцільно розглядати з точки зору не лише зручності й загальнодоступності для користувачів, а й інтересів правоволоділців, зокрема, права правоволоділців розпоряджатись належними їм виключними правами інтелектуальної власності способами, прямо не передбаченими законодавством, а також права правоволоділців на отримання належної компенсації або винагороди за використання своїх творів новими способами або за допомогою нових технологій.

У своїй відповіді на звіт професора Харгрівза Уряд Великої Британії погодився з позицією вчених, висловленою у звіті щодо того, що широко поширені порушення авторських прав за допомогою копіювання творів у особистих цілях призводить до нівелювання самого авторського права. Уряд погодився з основними положеннями звіту щодо доцільності та користі імплементації у законодавство Великої Британії максимально широкого переліку виключень і обмежень з авторського права, закріплених у законодавстві ЄС, за дотримання трьох нижченаведених умов:

а) шкоду, яка може бути заподіяна правоволодільцю і в результаті якої йому може бути виплачена справедлива компенсація відповідно до права ЄС, є мінімальними, і, як наслідок, сума можливої компенсації дорівнює нулю. Це дозволить уникнути спотворення ринку і потреби у формуванні системи авторських зборів за такий вид вільного використання творів, проти якої виступає Уряд, у зв'язку з тим, що дана система авторських зборів може мати негативний вплив на зростання економіки, а також бути несумісною з податковою політикою Уряду;

б) виключення й обмеження з авторського права будуть відповідати Європейському праву та міжнародним договорам;

в) зайві обмеження, які будуть виключені з авторського права, не будуть знову встановлені за допомогою інших способів, наприклад, умови у договорі, що в кінцевому підсумку призведе до розмивання позитивного ефекту від встановлення того чи іншого виключення/обмеження [163, с.7-8].

Таким чином, Велика Британія в цілому стоїть на позиції розширення обсягу виключень і обмежень з авторського права на підґрунті законодавства ЄС. При цьому, як уже зазначалося, Уряд Великої Британії також підтримує рекомендації британських вчених щодо подальшого розширення виключень і обмежень з авторського права, спрямованих на надання більшої гнучкості, адаптивності авторського права до інтенсивного розвитку новітніх технологій сьогодні і в майбутньому.

Не можна також не звернути увагу на останні зміни, що мали місце в законодавстві Канади у сфері авторського права. Акт про модернізацію авторського права (Білль С-11) [164], прийнятий Парламентом Канади, набув чинності 29 червня 2012 р. після отримання королівського схвалення. Цей документ містить низку виключень і обмежень з авторського права, що стосуються використання творів у мережі Інтернет. Наприклад, не є порушенням авторського права здійснення освітніми установами або фізичною особою, яка діє від імені установи, будь-яких із зазначених нижче дій в освітніх цілях щодо творів, доступних за допомогою мережі Інтернет: (а) відтворення твору; (б) повідомлення твору публіці за допомогою засобів телекомунікацій, якщо зазначена публіка переважно складається зі студентів навчального закладу або інших осіб, уповноважених освітньою установою; (в) публічне виконання твору, якщо публіка переважно складається зі студентів навчального закладу або інших осіб, уповноважених освітньою установою; (г) вчинення будь-яких інших дій, необхідних для здійснення способів використання, зазначених у пунктах (а) – (в).

При цьому слід зауважити, що наведені виключення не застосовуються у разі, якщо твір, ресурс або Інтернет-сайт, на якому воно розміщене, охороняється технічними засобами захисту, які обмежують доступ до твору, ресурсу або Інтернет-сайта, а також у разі, якщо освітня установа або особа, яка діє від імені установи, знає або має знати про те, що твір або ресурс зроблені доступними за допомогою мережі Інтернет без згоди правоволодільця.

Згідно зі змінами до Акта про модернізацію авторського права Канади бібліотека, архів, музей або особа, яка діє від їх імені, тепер може надати копію твору в цифровій формі за запитом користувача, зробленому через іншу бібліотеку, архів або музей, якщо такий суб'єкт (бібліотека, архів, музей або особа, яка діє від їх імені) ужив усіх необхідних заходів, спрямованих на запобігання вчиненню особою, що запитує, наступних дій:

- а) відтворення твору в цифровій формі або на папері у більш ніж одному примірнику;
- б) повідомлення змісту твору в цифровій формі будь-яким третім особам;
- в) використання цифрової копії більше 5 (п'яти) робочих днів, починаючи з дня, коли твір був вперше використаний користувачем.

Чи не є порушенням авторського права також здійснення архівом відтворення неопублікованого твору, що зберігається в архіві, за запитом користувача для цілей дослідження або в особистих освітніх цілях користувача за умови, що правоволоділець, який надав твір архіву, прямо не заборонив його відтворення?

Зазначимо, що відповідно до п. 6 ч. 1 ст. 21 Закону України «Про авторське право і суміжні права» бібліотеки також можуть надавати користувачам виражені в цифровій формі екземпляри творів, при цьому їх використання може здійснюватися лише у приміщеннях бібліотек за умови виключення можливості створення копій цих творів в цифровій формі. У законодавстві Канади, на наш погляд, встановлені більш гнучкі положення про надання цифрових копій творів бібліотеками. Це пов'язано з тим, що сучасні технології дозволяють здійснювати контроль і управління використанням творів дистанційно, наприклад, встановити обмежений термін використання цифрової копії твору, після закінчення якого остання буде автоматично знищена або заблокована.

Отже, немає потреби обмежувати можливість використання цифрових копій користувачами виключно в приміщеннях бібліотек. Зазначене нововведення в законодавство Канади вбачається досить прогресивним і може мати суттєвий позитивний ефект у сфері культури та освіти, не завдаючи при цьому будь-якої шкоди правам і законним інтересам правоволодільців.

Важливо ще раз наголосити, що, зважаючи на важливу роль провайдерів у забезпеченні доступу до мережі Інтернет, уряди низки зарубіжних країн закріпили в національних законодавствах положення про так звані «безпечні гавані» (safe harbour), згідно з якими відповідальність провайдерів за порушення

авторського права в деяких встановлених законодавством випадках, може бути обмежена.

Акт про модернізацію авторського права Канади також не став винятком. Він передбачає певні обмеження, пов'язані з тимчасовим відтворенням творів, які здійснюються як частина технологічного процесу. Це, в свою чергу, може сприятливо вплинути на регулювання послуг тимчасового зберігання інформації (кешування) провайдерами в мережі Інтернет.

Розширення способів вільного використання творів, спрямоване на надання авторського права більшої гнучкості з метою адаптації його до нових технологій у цифровому середовищі в деяких випадках може призводити до обмеження відповідальності осіб, які беруть участь в обороті виключних прав за допомогою мережі Інтернет.

Особливу увагу з огляду на це заслуговує питання обмеження відповідальності провайдерів як посередників в обороті виключних прав між користувачами і правоволодільцями. Згідно з параграфом 30.71 Акта про модернізацію авторського права Канади не є порушенням авторського права здійснення відтворення твору в разі, якщо:

- а) відтворення є суттєвою частиною технологічного процесу;
- б) єдиною метою відтворення є полегшення використання твору, яка не порушує авторського права;
- в) тривалість існування копії твору обмежена тривалістю здійснення технологічного процесу.

Особа, яка здійснює кешування або інші подібні дії щодо твору з метою більш ефективної його передачі засобами телекомунікацій, здійснюючи даний акт, порушує авторське право на твір. Разом з тим зазначені положення не застосовуються в разі, якщо особа:

- а) не вносить будь-яких змін у твір (крім технічних);
- б) переконалась, що користувач, який бажає використовувати твір, ознайомився і прийняв інструкції щодо кешування інформації або здійснення

будь-яких інших подібних дій, встановлені особою, яка зробила твір доступним у мережі Інтернет. При цьому інструкції повинні бути доступні в автоматичному режимі;

в) не втручається в законну роботу технології з метою отримання даних про її використання.

Особа, яка з метою створення можливості для передачі твору за допомогою мережі Інтернет надає цифровий простір (хостинг), що використовується користувачем для зберігання твору в мережі, здійснюючи даний акт не порушує авторських прав на твір. При цьому зазначене положення не застосовується до творів у разі, якщо особа, яка надає хостинг, поінформована про рішення суду, згідно з яким особа, що здійснює зберігання твору, порушує авторське право шляхом здійснення відтворення, зберігання твору або іншим способом використання твору.

Зазначений підхід до виключень і обмежень з авторського права, що у цілому застосовується в Канаді, близький до американського і європейського підходів щодо встановлення відповідальності та обмеження відповідальності провайдерів за передану та збережену інформацію. При цьому зауважимо, що розширення способів вільного використання та їх суб'єктного складу призводить до звуження обсягу прав, розпорядження якими може здійснювати правоволоділець. Встановлення подібного роду обмежень має бути зваженим і обґрунтованим.

В Австралії положення про обмеження відповідальності провайдерів застосовуються до чотирьох категорій активності в мережі Інтернет. Зазвичай це дії, пов'язані з наданням коштів або наданням послуг з передачі інформації, тимчасового зберігання інформації (кешування), надання цифрового простору для зберігання інформації (хостингу), зберіганням інформації за інструкцією користувача, а також адресацією користувачів за гіперпосиланнями на ті чи інші сайти в мережі Інтернет. У цілому зазначений перелік дій провайдерів, за здійснення яких вони звільняються від відповідальності при дотриманні певних

умов, відповідає переліку обмежень і винятків для провайдерів, встановленому в законодавстві ЄС і США.

Разом з тим, на думку Уряду Австралії, поки що немає достатньої ясності у питаннях ефективності існуючої схеми обмеження відповідальності провайдерів з урахуванням того, що за останній час значно зросла їх популярність як нових соціальних платформ, за допомогою яких здійснюється розповсюдження творів у мережі Інтернет. Відсутність ясності в питанні про те, чи підпадають нові соціальні платформи в цифровому середовищі, що розвивається під обмеження відповідальності провайдерів, може мати суттєвий вплив на можливості провайдерів, які надають доступ користувачам до платформ, ефективно розвивати підприємницьку діяльність за допомогою мережі Інтернет в Австралії. Як приклади платформ, які можуть не підпадати під існуючі обмеження відповідальності провайдерів, наводяться соціальні мережі і платформи, що містять призначений для користувача контент [165, с.20–21].

У зв'язку з цим Уряд Австралії вважає за доцільне розглянути питання щодо меж «безпечної гавані» для провайдерів, що застосовується в Австралії, в тому числі питання про розширення меж «безпечної гавані» з метою застосування її до більшого числа онлайн-послуг, що мають важливе значення для розвитку цифрової економіки. Уряд Австралії, здійснивши низку опитувань і досліджень у цій сфері, отримав трохи більшу кількість відгуків на підтримку даного підходу, ніж проти нього. Серед аргументів, висловлених на підтримку розширення сфери застосування «безпечної гавані» в Австралії, можна виділити такі:

а) усунення перешкод, що заважають появі в Австралії нових Flickr, Facebook або YouTube (прихильники розширення «безпечної гавані» вказують на те, що дані сайти з'явилися в США, де застосовується більш широкий підхід до вільного використання творів);

б) надання більшої ясності і визначеності цифровим платформам щодо здійснюваної ними підприємницької діяльності, що, в свою чергу, сприятиме залученню інвестицій в Австралію;

в) підвищення конкурентоспроможності австралійських Інтернет-підприємців на міжнародному ринку;

г) позиціонування Австралії як провідного торгового партнера в Азіатсько-Тихоокеанському регіоні і, таким чином, збереження привабливості Австралії як регіональної «безпечної гавані» для провайдерів;

д) сприяння інноваціям і спільному використанню технологій, спрямованих на задоволення потреб користувачів, що сприяє становленню Австралії як світового центру інновацій.

Разом з тим, незважаючи на значні позитивні ефекти від розширення «безпечної гавані» для провайдерів, обґрунтованими видаються також аргументи противників розширення, що виражаються в тому, що:

а) існуюча схема обмеження відповідальності провайдерів виявилася неефективною з точки зору взаємодії провайдерів і правоволодільців, у зв'язку з чим розширення її недоцільне;

б) нові цифрові платформи для здійснення підприємницької діяльності повинні розвиватися через систему ліцензування, а не застосування «безпечної гавані»;

в) розширення «безпечної гавані» не сприятиме гармонізації австралійського законодавства до законодавства США, але призведе до отримання провайдерами невиправданих переваг без покладення на них відповідних обов'язків, що стосуються надання інформації про передбачуване порушення авторських прав;

г) на сьогоднішній день немає достатніх доказів того, що існуюча «безпечна гавань» не надає необхідні можливості для поширення локалізованих версій наведених вище глобальних цифрових платформ, що використовуються для

здійснення підприємницької діяльності в мережі Інтернет в Австралії [165, с.20–21].

Вивчивши аргументи «за» і «проти» розширення існуючої в Австралії «безпечної гавані» для провайдерів, Уряд Австралії оголосив про готовність розглянути питання про доцільність розширення «безпечної гавані» з метою включення в неї нових видів провайдерів і наданих ними послуг.

Резюмуючи викладене, зазначимо, що в цілому Велика Британія, Канада і Австралія дотримуються позиції розширення виключень і обмежень з авторського права. Це пов'язано з тим, що надмірне регулювання авторських і суміжних прав може перешкоджати розвитку науки, творчості, освіти та культури. При цьому введення нових обмежень авторського права має бути обґрунтованим і не завдавати шкоди правам і законним інтересам правоволодільців.

Висновки до розділу 4

1. Обмеження дії виключного права за законом можуть трактуватися як встановлення легальних рамок (перешкод, перепон, бар'єрів) поширення цього права для його правоволодільця стосовно різних способів використання об'єктів.

2. Перспективною є точка зору, відповідно до якої вважається, що поступка правоволодільця у вигляді ліцензії на певні способи використання перетворюється на права користувачів. Цей підхід становить особливий інтерес з огляду на розпорядження правами на підставі ліцензії, у тому числі їх використання у мережі Інтернет.

3. Разом з тим чинна система авторських і суміжних прав не містить будь-яких положень, спрямованих на законодавче регулювання контенту користувачів (user – generated content), зокрема, створеного шляхом переробки вже існуючих творів, наприклад: Вікіпедія, Живий Журнал, соціальну мережу Facebook, відеопортал YouTube і багато інших.

Відсутність законодавчого регулювання користувацького контенту робить наслідки розпорядження виключними правами на даний вид контенту або його елементи сумнівними і непередбачуваними.

4. З огляду на закритий перелік способів вільного використання об'єктів авторського права і суміжних прав нові способи відтворення творів, які стали доступні завдяки розвитку технологій, є незаконними. Їх використання вимагає згоди правоволодільця. Ті способи, які підпадають під встановлений в ЄС перелік вільного використання, можуть вимагати схвалення з боку законодавчих органів тієї чи іншої країни-члена ЄС. Це, у свою чергу, вимагає значної витрати часу на легалізацію нових технологій, зокрема пошукових технологій.

Серед негативних наслідків даного підходу можна зазначити такі:

а) необґрунтовано жорстке (негнучке) застосування законодавства у сфері авторського права і суміжних прав може призвести до блокування правоволодільцями потенційно важливих нових технологій, що в кінцевому підсумку може стати перешкодою на шляху зростання і розвитку інновацій;

б) обробка даних стала звичайним явищем у різних сферах економіки – від управління транспортом до надання послуг громадянам, що робить питання авторського права і суміжних прав, з точки зору потенційних обмежень розпорядження виключними правами в мережі Інтернет, особливо нагальними;

в) тенденція до посилення невідповідності між способами вільного використання творів, закріпленими в законодавстві, і фактичною поведінкою більшості користувачів.

Це пов'язано з тим, що цифрові технології дозволяють використовувати, в тому числі повторно, способами, які більшість користувачів не вважають неправомірними, такими, що порушують авторські та суміжні права правоволодільців.

Отже, право на використання того чи іншого об'єкта авторського права або суміжних прав без згоди правоволодільця, встановлене національним законодавством, може бути врешті-решт нівельовано судом на підставі того, що подібне використання не витримує триступеневого тесту, встановленого Директивою ЄС «Про гармонізацію деяких аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційному суспільстві».

Триступеневий тест на можливість розпорядження майновими авторськими і суміжними правами полягає у такому:

1) обмеження і виключення з авторських і суміжних прав, що застосовуються, мають бути визначені в конкретних випадках;

2) обмеження і виключення з авторських і суміжних прав не повинні перешкоджати нормальному використанню твору;

3) обмеження і виключення з авторських і суміжних прав не повинні безпідставно обмежувати законні інтереси автора.

ВИСНОВКИ

У дисертації здійснено теоретичне узагальнення і представлено нове вирішення наукового завдання, що полягає у розробці теоретичних і практичних питань розпорядження майновими авторськими і суміжними правами у формі ліцензії та обґрунтуванні пропозицій щодо вдосконалення правового регулювання відносин у цій сфері на основі комплексного аналізу цивільного законодавства, практики його застосування та теоретичних положень науки цивільного права. На підставі проведеного дослідження зроблено такі висновки і пропозиції, спрямовані на досягнення наукової мети:

1. З огляду на тенденцію до тотальної комерціалізації інтелектуальної власності в умовах зміни змістовної сторони категорії «вартість» і системи виробництва, зберігання і споживання інформації у зв'язку з її глобалізацією, зміни економічної ролі автора, який тепер розглядається лише як творець додаткового продукту, стверджується, що розширення свободи розсуду правоволодільця у визначенні обсягу правової охорони творів зможе, з одного боку, сприяти реалізації соціального призначення авторського права, а з другого – стати контраргументом для тих, хто виступає проти авторського права, оскільки вільне ліцензування має вагому комерційну перспективу.

2. Під ліцензією слід розуміти свідомо-вольовий акт володільця майнового авторського або суміжних прав (ліцензіара) з доведення до потенційного користувача (ліцензіата) пропозиції про встановлення обтяження належного йому права використання об'єкта авторського права і суміжних прав у межах і на умовах, що визначаються на його розсуд, з наданням права ліцензіату права акцепту пропозиції.

Під вільною ліцензією слід розуміти свідомо-вольовий акт володільця майнового авторського або суміжних прав (ліцензіара) з формулювання і доведення до загального відома пропозиції (публічна оферта) про встановлення обтяження належного йому права використання об'єкта авторського права

і суміжних прав в межах і на умовах, що визначаються на його розсуд, на основі принципу безвідкличності і незалежно від додаткової згоди ліцензіара або інших осіб шляхом надання невизначеному колу осіб права акцепту пропозиції.

Вільна ліцензія як юридичний факт є публічною офертою, вчиненням якої обтяжується виключне авторське право або суміжні права. Властивості безвідкличності оферти і пов'язаності оферента мінімізують можливості зловживання з боку суб'єкта легальної монополії на об'єкт інтелектуальної власності, а потенційний користувач абсолютно вільно приймає або не приймає на себе ліцензійні зобов'язання вичерпно визначені умовами вільної ліцензії.

3. Використання права на вільне ліцензування утворює юридичний факт, який породжує обтяження уповноваженого суб'єкта (ліцензіара) станом пов'язаності і виникнення секундарного права на акцепт для невизначеної особи. Таким чином, виникають не правовідносини, а особлива правова форма, що характеризується спрямованим впливом на правове становище ліцензіара (і у зв'язку з цим виступає проявом правоздатності) і рефлексорним впливом на сферу правових можливостей потенційного ліцензіата (і у зв'язку з цим виступає різновидом рефлексивних правових ефектів).

4. Об'єктом права на ліцензування як поведінкової можливості суб'єкта, що реалізується поза правовідносинами, є суб'єктивні права використання об'єкта авторського права і суміжних прав.

5. Виходячи з положень чинного законодавства і практики його застосування, суб'єктом права розпорядження визначено правоволодільця, а також особу, яка отримала право використання за договором (ліцензіат), при поєднанні двох умов:

(1) наявності письмової згоди ліцензіара;

(2) надання ліцензіату за договором права використання відповідного об'єкта способами, достатніми для ліцензування.

Віднесення ліцензіатів до суб'єктів права на вільне ліцензування створює ризик незворотної втрати можливості забороняти використання твору відповідно до умов вільної ліцензії завдяки принципу безвідкличності останньої.

6. Законодавчий підхід до конструкції договору простої (невиключної) ліцензії відрізняється формалізмом, що обмежує договірну диспозитивність. Правове регулювання суспільних відносин, що виникають у сфері вільного ліцензування, є неефективним, існує необхідність подолання фактора такої неефективності, яким, на наш погляд, постає вимога про обов'язкову письмову форму договору простої (невиключної) ліцензії. Зроблено пропозиції щодо вдосконалення чинного цивільного законодавства. Пропонується доповнити ст. 1108 ЦК України частиною 5 такого змісту: «Ліцензіат не має права надати право використання результату інтелектуальної, творчої діяльності або прирівняних до них об'єктів іншій особі за вільною або відкритою ліцензією».

7. З аналізу зарубіжного законодавства і рішень судів різних рівнів можна дійти висновку, що відносини ліцензіара і користувача оцінюються як договірні, як наслідок, у разі порушення (невиконання чи неналежного виконання) умов ліцензії суди застосовують правові засоби впливу на порушника у вигляді спонукання до належного виконання. У разі, якщо використання твору відбувається з перевищенням встановлених ліцензією обмежень, суди застосовують абсолютно-правові засоби захисту майнових або особистих немайнових прав.

8. Дії оферента-ліцензіара, спрямовані на виникнення стану пов'язаності з потенційним акцептантом-користувачем, переводять у категорію правонездатності вимоги про усунення третіх осіб від впливу на належний оференту-ліцензіарові об'єкт авторського права, безумовно, безповоротно і безстроково роблячи останні юридично незобов'язаними (забороненими). Інститут вільної ліцензії дозволяє межі виключного права (межі правоздатності його володільця) ставити у залежність не лише від обмежень, встановлених

позитивним правом (режим суспільного надбання, випадки справедливого вільного використання тощо), а й обтяжень, встановлених свідомо-вольовими поведінковими актами суб'єктів.

Виявлено притаманну більшості розвинених країн світу тенденцію до вдосконалення правових способів досягнення балансу інтересів між сторонами авторсько-правових відносин (авторами, правовласниками і суспільством). Одним з таких способів є визнання можливості видачі правовласником дозволів невизначеному колу осіб на вчинення ним певних дій (зокрема, некомерційного використання, відтворення, переробки) щодо його творів («вільні ліцензії»). Встановлено, що на даний момент вільні ліцензії не регулюються і не охороняються законодавством. Тож пропонується при вдосконаленні вітчизняного цивільного законодавства передбачити правове регулювання вільних ліцензій. На дані ліцензії поширюються правила, що регулюють договір приєднання, оскільки умови договору приєднання визначаються однією зі сторін у формулярах або інших стандартних формах і можуть бути прийняті іншою стороною не інакше як шляхом приєднання до запропонованого договору в цілому. Договір приєднання, таким чином, найбільш відповідає принципам інституту вільних ліцензій.

9. З метою дотримання балансу інтересів між сторонами авторсько-правових відносин пропонується встановити заборону на видачу без згоди ліцензіата вільних ліцензій на твори, щодо яких раніше були укладені ліцензійні договори, в рамках термінів та умов таких договорів. Доцільно встановити обов'язок осіб, які видали вільні ліцензії, повідомляти про видачу вільних ліцензій всіх осіб, з якими після видачі вільної ліцензії будуть укладені договори про відчуження виключного права або ліцензійні договори. Необхідно запровадити можливість добровільної реєстрації вільних ліцензій в організаціях з колективного управління правами.

10. Вважаємо доведеною тезу про те, що передбачена типовими вільними ліцензіями Creative Commons, GNU GPL, Публічною ліцензією ЄС

правомочність створювати похідні твори, охоплюється правомочністю переробки, що входить до складу виключного (майнового) авторського права, і не є обмеженням особистого немайнового права автора на недоторканність твору, у зв'язку з чим для введення вільних ліцензій у законодавство про авторське право не потребує перегляду законодавства в цій частині.

11. З правової природи вільної ліцензії випливає, що її акцептом можливе укладання лише договору простої (невиключної) ліцензії.

12. До істотних умов ліцензії можна віднести умови про предмет, атрибутивними компонентами якого є умови про способи, термін і територію використання, а також умова про винагороду.

13. Зміст договірних правовідносин, що виникають у зв'язку з акцептом ліцензії, становить лише зобов'язання з надання права використання твору певними способами, на певній території і на певний термін, що дозволяє охарактеризувати договір, укладений за допомогою акцепту ліцензії, як односторонньо зобов'язальний.

14. Чинне законодавство не містить легального визначення поняття «розпорядження виключним правом», що істотно ускладнює практичне застосування відповідних правових норм. У роботі запропоновано авторські визначення термінів «розпорядження виключним правом на об'єкт авторського права і суміжних прав», «відчуження виключного (майнового) права на об'єкти авторського і суміжних прав», «дозвіл використання об'єкта».

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Жилінкова О. В. Договірне регулювання відносин щодо інтелектуальної власності в Україні та за кордоном : монографія / О. В. Жилінкова. – К.: Юрінком Інтер, 2015. – 280 с.
2. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 21 березня 2004 року // Офіційний вісник України від 26.09.2014. – 2014 р. – №75. – Т.1, стор. 83.
3. Пріоритетні напрямки розвитку правової науки на 2011-2015 роки, затверджені постановою загальних зборів Національної академії правових наук України від 24 вересня 2010 року №14-10 (зі змінами, внесеними Постановою Загальних зборів № 4–12 від 05.03.2012 р.) [Електронний ресурс] / Національна академія правових наук України. – Режим доступу: <http://www.aprnu.kharkiv.org/basic> (дата звернення 04.01.2015). – Назва з екрану.
4. Савельев А. И. Свободные лицензии на программное обеспечение в контексте реформы гражданского законодательства // Вестник гражданского права. – 2012. – №4. – С.75-101.
5. Вікіпедія. Вільна енциклопедія [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://uk.wikipedia.org> (дата звернення: 12.01.2015). – Назва з екрану.
6. Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 року № 435-IV // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11 (28.03.2003), ст. 461.
7. Войниканис Е. А. Правовые аспекты использования лицензий Creative Commons в действующем законодательстве Российской Федерации. [Електронний ресурс]. Creative Commons Russia [сайт]. – Режим доступу: http://creativecommons.ru/sites/creativecommons.ru/files/docs/material_po_creative_commons_voynikanis.pdf (дата звернення 12.01.2015). – Назва з екрану.
8. Савельев А. И. Договор присоединения в российском гражданском праве [Електронний ресурс] / Патенты и лицензии. – Режим доступу: <http://patents-and->

licences.webzone.ru (дата звернення 12.12.2015). – Назва з екрану.

9. Середа С. А. Свободны ли в России «Свободные лицензии» [Электронный ресурс] / Патенты и лицензии [сайт]. – Режим доступа: http://patents-and-licences.webzone.ru/issue/sereda_09.html (дата звернення 12.12.2015). – Назва з екрану.

10. Слыщенко В. А., Левин А. Е. Вопросы лицензирования открытого программного обеспечения // Правовые вопросы связи. – 2009. – № 1. – С.12-16.

11. Радайкин М. Ф. Правовые механизмы обеспечения баланса интересов субъектов авторского права в интернет-среде : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Радайкин М.Ф. ; ФГБОУ ВРО «Российская государственная академия интеллектуальной собственности». – М., 2013. – 26 с.

12. Бабкин С. А. Интеллектуальная собственность в сети «Интернет». – М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2006.

13. Семенюта Б. Е. Гражданско-правовые договоры о предоставлении права использования программы для ЭВМ : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Семенюта Б.Е. ; Ин-т государства и права РАН. – М., 2013. – 32 с.

14. Калятин В. О. Общая характеристика правового регулирования, предложенного в проекте изменений в п. 6 ст.1233 ГК РФ [Электронный ресурс]. – Режим доступа: www.schoolprivlaw.ru/files/razrabotchikov_proekta.doc (дата звернення 29.12.2015). – Назва з екрану.

15. Дроздов А. В. Неприкосновенность произведения и его переработка: личные неимущественные и исключительные права // Журнал российского права. – 2012. – № 2. – С. 55-60.

16. Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів 1886 р. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/995_051 (дата звернення 04.01.2016). – Назва з екрану.

17. Стандартная публичная лицензия GNU (GPL), версия 2 [Электронный ресурс] / GNU Operating System [офіційний сайт]. – Режим доступа: <http://www.gnu.org/licenses.html> (дата звернення 20.02.2015). – Назва з екрану.

18. Судариков С. А. Право интеллектуальной собственности: учебник. – М.: Проспект, 2010.

19. Мирошникова М. А. Сингулярное правопреемство в авторских правах. – СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – 187 с.

20. Зайцева Е. Creative commons [Электронный ресурс] / Creative commons [сайт]. – Режим доступа: http://www.copyright.ru/ru/library/stati_knigi/ (дата звернення 03.01.2015). – Назва з екрану.

21. Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности / [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.rupto.ru/norm_doc.html (дата звернення 21.11.2015). – Назва з екрану.

22. Постанова Пленуму Верховного Суду України №5 від 04 червня 2010 року «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав» // Вісник Верховного суду України. – 2010. – №6, стор. 4.

23. Бенгли Л., Шерман Б. Право интеллектуальной собственности: Авторское право / Пер. с англ. В. Л. Вольфсона. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004.

24. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). – Т.6: Право інтелектуальної власності / За ред. проф. І. В. Спасибо-Фатєєвої. – Серія «Коментарі та аналітика». – Х.: ФО-П Лисяк Л. С., 2011. – 592 с.

25. Калятин В. О. Интеллектуальная собственность. (Исключительные права): Учеб. для вузов / Вступ. ст. В. А. Дозорцева. – М.: Норма-Инфра-М, 2000.

26. Жосселен М. Понятие договора об использовании прав автора // Бюллетень по авторскому праву. – 1993. – Т. XXVI. – № 4.

27. Кодинець А. Договірні відносини у сфері передання майнових прав інтелектуальної власності / А. Кодинець // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2015. – №2. – С.5-13.

28. Дмитришин В. С. Розпорядження майновими правами інтелектуальної власності : конспект лекцій / В. С. Дмитришин; Акад. інтелект. власності, Інститут інтелектуальної власності і права. – К., 2005. – 212 с.

29. Сліпченко С. О. Невідчужуваність та невіддільність особистих немайнових прав // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України [текст] : Збірник наукових статей. Випуск 29. – Івано-Франківськ : Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2012. – С. 126-127.

30. Шиловост О. Общие положения о договорных способах распоряжения исключительными правами // Хозяйство и право. – 2008. – №9.

31. Дозорцев В. А. Авторский договор и его типы // Советское государство и право. – 1977. – №2.

32. Коссак В. М., Якубівський І. Є. Право інтелектуальної власності: Підручник. – К.: Істина, 2007. – 208 с.

33. Крысин Л. П. Толковый словарь иноязычных слов. – М.: Рус. яз., 1998.

34. Большой юридический словарь / Под ред. А. Я. Сухарева, В. Е. Крутских. – 2-е изд., переаб. и доп. – М.: ИНФРА-М, 2004.

35. Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка: в 4 т. Т. 4: С-V / Под ред. проф. И.А. Бодуэна де Куртенэ. – М.: ТЕРРА_Книжный клуб, 1998.

36. Толковый словарь русского языка: в 4-х т. Т. 4 / под ред. проф. Д. Ушакова. – М.: ТЕРРА, 1996.

37. Большой толковый словарь русского языка / Сост. и гл. ред. С. А. Кузнецов. – СПб.: «Норинт», 1998.

38. Лопатин В. В., Лопатина Л. Е. Русский толковый словарь: ок. 25 000 слов. – 4-е изд., стер. – М.: Рус. яз., 1997. С. 615.

39. Большой энциклопедический словарь. – 2-е изд., переаб и доп. – М.: «Большая Российская энциклопедия»; СПб.: «Норинт», 1998.

40. Hoppe Hans-Hermann The Private Production of defense // Journal of Libertarian Studies (Winter 1998–1999).
41. Зенин И. А., Мешкова К. М. Свободная лицензия в сети Интернет // Информационное право. – 2011. – № 4. – С. 8–13.
42. Stallman R. On Selling Exceptions to the GNU GPL [Электронный ресурс] / GNU [сайт] URL: <http://www.gnu.org/philosophy/selling-exceptions.en.html> (дата звернення: 03.02.2012). – Назва з екрану.
43. Лессиг Л. Свободная культура // Пер. с англ. – М.: Прагматика Культуры, 2007.
44. Афанасьєва (Горська) К. Зміни концептуальних засад авторсько-правового регулювання в умовах глобалізації інформаційного простору / К. Афанасьєва (Горська) // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2014. – №2. – С.5-13.
45. Липщик Д. Авторское право и смежные права / Пер. с фр.; предисловие М. Федотова. – М.: Ладомир; Издательство ЮНЕСКО, 2002.
46. Тяпкина Е. Перевод на русский язык General Public License GNU [Электронный ресурс] URL: <http://docs.altlinux.org/current/license/gpl.html> (дата звернення 03.05.2012). – Назва з екрану.
47. О лицензиях [Электронный ресурс] / Creative commons [сайт]. – Режим доступа: <http://creativecommons.org/licenses/> (дата звернення 03.02.2012). – Назва з екрану.
48. Микрюков В. А. Ограничения и обременения права собственности и иных гражданских прав: дис. ... канд. юрид. наук. – Пермь, 2004. С. 115.
49. Белов В. А. Гражданское право: Общая часть. Т.1. Введение: Учебник. – М.: Юрайт, 2010. С. 213–214.
50. Таш'ян Р. І. Односторонні правочини у цивільному праві : монографія / Р. І. Таш'ян. – Х : Право, 2010.
51. Pollock R. The value of the public domain. IPPR, 2006.
52. Ситдикова Р. И. Частный, публичный и общественный интерес в

авторском праве // Гражданское право. – 2012. – № 2. – С. 18–20.

53. Иванов Н. Общественное достояние как специальный правовой режим использования произведений // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2005. – № 2. С. 68.

54. Павлова Е. А. Актуальные проблемы совершенствования части четвертой ГК РФ // Вестник гражданского права. – 2011. – № 5. – С. 139–163.

55. Зенин И. А., Мешкова К. М. Свободная лицензия в сети Интернет // Информационное право. – 2011. – № 4. – С. 8-13.

56. Copyright Law of the United States of America and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code / United States Copyright Office official website [сайт]. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.copyright.gov/title17/92chap1.html#106a> (дата звернения 08.01.2013). – Назва з екрану.

57. R. Jacobsen vs M.Katzer, KAM industries case 2008-1001 decision | United States Court of Appeals for the Federal Circuit official website [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.cafc.uscourts.gov/images/stories/opinions-orders/08-1001.pdf> (дата звернения 08.01.2013). – Назва з екрану.

58. Israeli Copyright Act of 2007 / World Intellectual Property Organization official website [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=132095 (дата звернения 09.01.2013). – Назва з екрану.

59. Закон Германии об авторском праве [Электронный ресурс] / Библиотека copyright.ru [сайт]. – Режим доступа: http://www.copyright.ru/ru/library/zakonodatelstvo/zarubezhnoe_zakonodatelstvo/zakon_germanii_ob_avtorskom_prave/ (дата звернения 21.04.2013). – Назва з екрану.

60. Решение Окружного суда Франкфурта-на-Майне по делу H.Welte vs. D-Link Germany GmbH [Электронный ресурс] / JBB Rechtsanwälte [сайт]. – Режим доступа: http://www.jbb.de/judgment_dc_frankfurt_gpl.pdf (дата звернения 21.04.2013). – Назва з екрану.

61. Решение Земли Берлин по делу Gerlach vs. DVU [Электронный ресурс] / Institut für Rechtsfragen der Freien und Open Source Software [сайт]. – Режим доступа: <http://www.ifross.org/Fremdartikel/LG%20Berlin%20CC-Lizenz.pdf> (дата звернения 21.04.2013). – Назва з екрану.

62. Law on the Intellectual Property Code (Legislative Part) (No. 92-597 of July 1, 1992, as last amended by Laws Nos. 94-361 of May 10, 1994, and 95-4 of January 3, 1995 [Электронный ресурс] / Библиотека copyright.ru [сайт]. – Режим доступа: http://www.copyright.ru/ru/library_old/inside/83/?doc_id=480 (дата звернения 21.04.2013). – Назва з екрану.

63. Еременко В. И. Законодательство об интеллектуальной собственности во Франции / Законодательство и экономика 2010 г. [Электронный ресурс] / Юридическая библиотека ЮРИСТЛИБ [сайт]. – Режим доступа: http://www.juristlib.ru/book_7591.html (дата звернения: 05.01.2013). – Назва з екрану.

64. Law on the Intellectual Property Code (Legislative Part) (No. 92-597 of July 1, 1992, as last amended by Laws Nos. 94-361 of May 10, 1994, and 95-4 of January 3, 1995 [Электронный ресурс] / Библиотека copyright.ru [сайт]. – Режим доступа: http://www.copyright.ru/ru/library_old/inside/83/?doc_id=480 (дата звернения 21.04.2013). – Назва з екрану.

65. Von Willebrand M. A look at EDU 4 v. AFPA, also known as the «Paris GPL case» // IFOSS L. Rev., № 1(2), P. 123–126 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.ifosslr.org/ifosslr/article/view/17/41> (дата звернения 21.04.2013). – Назва з екрану.

66. Law on Copyright and Neighboring Rights (of June 30, 1994, as amended by the Law of April 3, 1995) [Электронный ресурс] / World intellectual Property Organization [офіційний сайт]. – Режим доступа: <http://www.wipo.int/wipolex/254> (дата звернения: 02.01.2013). – Назва з екрану.

67. Решение суда первой инстанции г. Нивель по делу Lichôdmarwa v. L'asbl Festival de Theatre de Spa [Электронный ресурс]. – Режим доступа:

<http://wiki.creativecommons.org/09-1684->

[A_%28Lich%C3%B4dmapwa_v._L%27asbl_Festival_de_Theatre_de_Spa%29](#) (дата звернення 24.04.2013). – Назва з екрану.

68. Revised Law on Intellectual Property, regularizing, clarifying and harmonizing the Applicable Statutory Provisions (approved by Royal Legislative Decree No. 1/1996 of April 12, 1996) [Електронний ресурс] / World intellectual Property Organization [офіційний сайт]. – Режим доступа: <http://www.wipo.int/wipolex/en/4> (дата звернення 02.01.2013). – Назва з екрану.

69. Lower Court number six of Badajoz Descision № 15 / 2006 on case SGAE v. Fernandez № 761/2005 [Електронний ресурс] / Creative Commons [сайт]. – Режим доступа: http://wiki.creativecommons.org/SGAE_v._Fernandez (дата звернення 03.01.2013). – Назва з екрану.

70. Решение суда Провинции Понтеведра от 29.11.2005 г. по делу SGAE vs Luis [Електронний ресурс]. – Режим доступа: <http://europe.creativecommons.org/1> (дата звернення 21.04.2013). – Назва з екрану.

71. Красавчиков О. А. Гражданское правоотношение – юридическая форма общественного отношения / Красавчиков О. А. // Гражданские правоотношения и их структурные особенности: Сборник ученых трудов СЮИ. Вып. 39. – Свердловск, 1975. – С.6 – 17.

72. Белов В. А. Гражданско-правовая форма корпоративных отношений (к проблеме так называемых корпоративных правоотношений) / В. А. Белов // Корпоративное право: актуальные проблемы теории и практики / Под общ. ред. В. А. Белова. М., 2009. – С. 210 - 213.

73. Певзнер А. Г. Понятие гражданского правоотношения / А. Г. Певзнер // Ученые записки. Вып. V Вопросы гражданского права. – М.: Всесоюзный юридический заочный институт, 1958 г. – С.10-16.

74. Иванов И. Использование произведения в личных целях по российскому законодательству // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2011. – № 11. – С. 4-13.

75. Рекомендації щодо застосування вільних публічних ліцензій на використання об'єктів авторського права і суміжних прав складені ДСІВ України [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://sips.gov.ua/ua/recvilnuxpublits> (дата звернення 15.10.2015). – Назва з екрану.

76. Рекомендації щодо онлайн ліцензування складені Державною службою інтелектуальної власності України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://sips.gov.ua/ua/reconlinelits> (дата звернення 11.10.2015). – Назва з екрану.

77. Соболев И. А. Свободные лицензии в авторском праве России : монография. – М.: Юстицинформ, 2015. – 198 с.

78. Бабаев А.Б. Проблема вторичных прав в российской цивилистике : дис. ... канд. юрид. наук. : 12.00.03 : защищена 11.10.2006 : / Бабаев Алексей Борисович ; Московский государственный университет имени М. В. Ломоносова. – М., 2006. – 157 с.

79. Третьяков С. В. Формирование концепции вторичных прав в германской цивилистической доктрине / Третьяков С.В. (К публикации русского перевода Э. Зеккеля «Вторичные права в гражданском праве») // Вестник гражданского права. – 2007. – № 2. – С.251-260.

80. Зеккель Э. Вторичные права в гражданском праве / Э. Зеккель; Пер. с нем. Е. Ю. Самойлова, Е. А. Леонтьева, В. П. Леонтьева // Вестник гражданского права. – 2007. – № 2. – С. 211-249.

81. Егоров А. В. Структура обязательственного отношения: наработки германской доктрины и их применимость в России / Егоров А. В. // Вестник гражданского права. – 2011. – № 3. – С. 241-274.

82. Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В.А. Белова. – М.: Юрайт-Издат, 2008.

83. Бабаев А. Б. Проблема вторичных прав в российской цивилистике : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. : 12.00.03 / Бабаев А. Б. ; Московский государственный университет имени М. В. Ломоносова. – М., 2006. – 22 с.

84. Мальцева Н. Безвозмездный лицензионный договор на программу для ЭВМ // Интеллектуальная собственность: Авторское право и смежные права. – 2008. – № 10. – С.8-14.

85. Лессиг Л. Свободная культура / Пер. О. Данилова под ред. В. Ильина. – М.: Прагматика культуры, 2007. – 272 с.

86. Крижна В. М. Ліцензійний договір – правова форма реалізації патентних прав : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / В.М. Крижна. – К., 1999.

87. Гражданский кодекс Российской Федерации: Федеральный закон Российской Федерации от 18 декабря 2006 г. №230-ФЗ / Система ГАРАНТ [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://base.garant.ru/10164072/78> (дата звернення: 16.01.2016). – Назва з екрану.

88. Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права» [Электронный ресурс] / Классика российской цивилистики. – Режим доступа: http://civil.consultant.ru/elib/books/3/page_51.html (дата звернення: 16.01.2016). – Назва з екрану.

89. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. 3-е изд., стер. / Брагинский М. И., Витрянский В. В. – М.: Статут, 2011. – 847 с.

90. Гаврилов Э. П. Авторское право. Издательские договоры. Авторский гонорар. – М.: Юрид. лит., 1988.

91. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А. Л. Маковского; вступ. ст. В. Ф. Яковлева; Иссл. центр частн. права. – М.: Статут, 2008.

92. Трофименко О. О. Застава майнових прав інтелектуальної власності і звернення стягнення на них / О. О. Трофименко: Автореф. дис. канд. юрид. наук за спеціальністю 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право / Харківський національний університет імені В.Н. Каразіна. – Х., 2015. – С.4. – 19 с.

93. Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23 грудня 1993 року №3792–XII [Електронний ресурс] / Верховна Рада України. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua>. – Дата звернення 17.01.2016. – Назва з екрану.

94. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1 : Классика российской цивилистики: специальное подарочное издание. – М.: КонсультантПлюс при поддержке издательства «Статут», 2005.

95. Пиленко А.А. Право изобретателя. 2-е изд. испр. – М.:Статут, 2005.

96. Мерзликина Р. А. Право интеллектуальной собственности: учебник. – М.: Финансы и статистика: Ставрополь: Сервисшкола, 2008.

97. Право інтелектуальної власності України : навчальний посібник для студ.юридич.вузів і фак–тів ун–тів / О. А. Підпригора, О. О. Підпригора. – Київ : Юрінком Інтер, 1998. – 333 с.

98. Підпригора О. О. Проблеми правового регулювання інтелектуальної власності за законодавством України [Текст] : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Підпригора Оксана Опанасівна ; Нац. Юрид. Акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 1999. – 34 с.

99. Харитоновна Е. И. Гражданские правоотношения интеллектуальной собственности, возникающие в результате творчества (концептуальные основы) : монография / Е. И. Харитоновна. – 2-е изд., переработ. и доп. – Одесса : Фенікс, 2012. – 412 с.

100. Мельник О. М. Цивільно-правова охорона інтелектуальної власності в Україні [Текст] : автореф. Дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / О.М. Мельник : НАН України, Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. – К., 2004 – 32 с.

101. Кохановська О. В. Цивільно–правові проблеми інформаційних відносин в Україні : автореф. дис... д–ра юрид. наук: 12.00.03 / Кохановська О. В. ; Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2006. – 34 с.

102. Дозорцев В. А. Понятие исключительного права // Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации Сборник статей. – М.: «Статут»,

2005.

103. Жилінкова О. Виключний характер майнових прав інтелектуальної власності / О. Жилінкова // Юридична Україна. – 2007. – №1 (49). – С.60-63.

104. Жуков В. І. Законодавство України про інтелектуальну власність: колізія законів // Матеріали міжнародної конференції (Київ, 30 червня - 01 липня 2010 р.). Проект ЄС «Вдосконалення стратегій, політики та врегулювання інновацій в Україні». – К.: Фенікс, 2010. – С.18–25.

105. Бурлаков С. Ю. Кінематографічний твір як об'єкт права інтелектуальної власності : автореферат дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Бурлаков С. Ю. ; НДІ приватного права і підприємництва АПрН України. – К., 2008. – 20 с.

106. Бурлаков С. Ю. Проблеми захисту цілісної кінематографічного твору та право на недоторканість / С. Ю. Бурлаков // Вісник Харківського національного університету ім. В. Н. Каразіна. - № 757. - Сер. Право. – Х. : Б. и. / голов. ред. В. І. Ларін ; голов. ред. В. І. Ларін, 2007. – С.132–134.

107. Кохановська О. В. Теоретичні проблеми інформаційних відносин у цивільному праві [Текст] / О. В. Кохановська. – К., 2006.

108. Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в РФ: учебник. – М., 2001.

109. Мейер Д. И. Русское гражданское право (в 2 ч.). По исправленному и дополненному 8–му изд., 1902. Изд. 3–е, испр. – М.: «Статут», 2003.

110. Гегель Г. В. Ф. Философия права / Пер. с нем. Б.Г. Столпнера; Вступ. ст. В.С. Соловьева; Примеч. В.С. Нерсисянца. – М.: Мир книги, Литература, 2007.

111. Гаврилов Э.П. Комментарий к главам 69, 70, 71, 76 части четвертой Гражданского кодекса РФ [Електронний ресурс]. Доступ з справ. – правовой системы «КонсультантПлюс».

112. Дозорцев В. А. Права на результаты интеллектуальной деятельности, Авторское право, патентное право и другие исключительные права. М., 1994.

113. Жуков В. И. Правовая охрана объектов научно-технического

творчества : учеб. пособ. / В. И. Жуков. – Х.: Юрид. Институт, 1983.

114. Бурлаков С. Ю. Некоторые особенности защиты патентных прав : [разд. 3, гл. 4, § 3] / С. Ю. Бурлаков // Харьковская цивилистическая школа: защита субъективных гражданских прав и интересов : монография / Национальный юридический университет им. Ярослава Мудрого. – Х.: Право, 2014. – С. 581–594.

115. Кохановська О. В. Теоретичні проблеми інформаційних відносин у цивільному праві : монографія / О. В. Кохановська ; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К. : Київський університет, 2006.

116. Кант И. Сочинения в шести томах. / Под общ. ред. В. Ф. Асмуса, А. В. Гулыги, Т. И. Ойзермана. – М.: «Мысль», 1965.

117. Кашанин А. В. О проблеме распоряжения личными неимущественными правами автора // Вестник гражданского права. – 2009. – №4. – С. 43-98.

118. Витко В. С. Гражданско-правовая природа лицензионного договора. – М.: Статут, 2011.

119. Белов В. А. Права пользования чужой вещью // Вестник ВАС РФ. – 2010. – №1. – С.21-25.

120. Моргунова Е. А. Исключительные интеллектуальные права на произведение и право на вознаграждение // Законодательство. – 2009. – № 5. – С.10-14.

121. Дозорцев В. А. Творческий результат: система правообладателей // Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: Сборник статей. Исследовательский центр частного права, 2003. – М.: Статут, 2003.

122. Близнец И. А., Леонтьев К. Б. Авторское право и смежные права: учеб. / под ред. И. А. Близнеца. – М.: Проспект, 2009.

123. Яруллина Г. Соблюсти баланс интересов // ЭЖ–Юрист. – 2013. – № 15. – С.1-7.

124. Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву /

Ученые труды; Вып. III. – М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940.

125. Гавзе Ф. И. Обязательственное право (общие положения). – Минск, Изд. БГУ им. В.И. Ленина, 1968.

126. Годеме Е. Общая теория обязательств. – М., 1948.

127. Гражданское право. В 4 т. Т. 1: Общая часть: учеб. для студентов вузов, обучающихся по направлению 521400 «Юриспруденция» и по специальности 021100 «Юриспруденция» / [Ем В. С. и др.]; отв. ред. – Е. А. Суханов. – 3-е изд., перераб и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2006.

128. Чеговадзе Л. А. Избранные вопросы по курсу «Гражданское право России»: Курс лекций. - Нижний Новгород, 2002.

129. Гражданское право. В 3-х томах / Под ред. Сергеева А. П., Толстого Ю. К. 4-е изд., перераб. и доп. – М., 2005. Т. 1.

130. Александров Н. Г. Юридическая норма и правоотношение. – М., 1947.

131. Сергеев А. П. Проект Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в часть 4 Гражданского кодекса Российской Федерации» // Интеллектуальная собственность: Актуальные проблемы теории и практики: Сб. научных трудов. Т. 1 / Под ред. В. Н. Лопатина. – М.: Юрайт, 2008.

132. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части четвертой (постатейный) / В. О. Калятин, О. М. Козырь, А. Д. Корчагин и др.; отв. ред. Л. А. Трахтенгерц. М.: КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2009.

133. Кастальский В. Н. Залог исключительных прав. – М.: Статут, 2008.

134. Тяпкина Е. Перевод на русский язык General Public License GNU [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://docs.altlinux.org/license/gpl.html> (дата звернения 03.05.2015). – Назва з екрану.

135. European Union Public Licence (EURL) v. 1.1 official text [Электронный ресурс] / European comission [офіційний сайт]. – Режим доступа: <https://joinup.ec.europa.eu/system/files/EN/EURL%20v.1.1%20-%20Licence.pdf> (дата звернення 20.09.2015). – Назва з екрану.

136. Корчагина Н. П., Моргунова Е. А., Погуляев В. В. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / под ред. В. В. Погуляева. – М.: «Юстицинформ», 2008.

137. Дедков Е. А., Александров Е. Б. Сделки по распоряжению правом на товарный знак: отчуждение и лицензия // Сделки: проблемы теории и практики: Сб. ст. / Рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова.

138. Войниканис Е.А., Якушев М.В. Информация. Собственность. Интернет: традиция и новеллы в современном праве. – М.: Волтерс Клувер, 2004.

139. Емельянов В. И. Запрет злоупотребления гражданскими правами. // Законность. 1999, № 10. – С. 54 – 55.

140. Пашин В. М. Институт злоупотребления субъективными правами *de lege ferenda* // Актуальные проблемы гражданского права: сборник статей. Выпуск 7. – М., 2003.

141. Кувыркова А. Ю. Осуществление исключительных интеллектуальных смежных прав // Дисс. к.ю.н. – М., 2009.

142. Свиридов Н. Л. Границы и ограничения по закону исключительного интеллектуального права (права интеллектуальной собственности) // Автореф. дисс. к.ю.н. – М., 2008.

143. Ситдикова Р. И. Гражданско – правовой механизм охраны частных, общественных и публичных интересов авторским правом. // Дисс. д.ю.н. – Казань, 2013.

144. Судариков С. А. Фундаментальные принципы интеллектуальной собственности // Право интеллектуальной собственности. – 2007. – №2.

145. Луткова О. Черныш Д. Конвенционное регулирование свободного использования произведений в трансграничном коммерческом обороте // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2011. – №12. – С.47-51.

146. Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2003.

147. Городов О. А. К доктрине исчерпания исключительных прав // Интеллектуальная собственность. Авторское право. – 2013. – №6. – С. 5-9.
148. The Wittem Project, European copyright code, April 2010.
149. Bernt Hugenholtz, Martin R.F. Senftleben FAIR USE IN EUROPE. IN SEARCH OF FLEXIBILITIES, November 2011.
150. Дюсолле С., Пулье И., Бюйден М. Авторское право и доступ к информации в цифровой среде // Бюллетень ЮНЕСКО, 2001. Т. XXXV № 2.
151. Digital opportunity. A review of intellectual property and growth. An Independent Report by Professor Ian Hargreaves, May 2011
152. Шишка Р. Б. Охорона права інтелектуальної власності: авторсько-правовий аспект : монографія / Р. Б. Шишка. – Х. : Вид-во Нац. ун-ту внутр. Справ, 2002. – 368 с.
153. Директива ЄС «Про гармонізацію деяких аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційному суспільстві» в Кн.: Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавство України / Ю. М. Капіца, С. К. Ступак, В. П. Воробйов ; за ред. Ю.М. Капіци. – К.: Вид. Дім «Слово», 2006.
154. Леонтьева Ю. А. Реализация прав издателей при современных способах использования произведений // Автореф. дисс. к.ю.н., Москва, 2003.
155. Overview of the application of the EC competition rules by national courts in 2006 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ec.europa.eu/competition//nationalcourts/Overview+of+the+application+of+the+EC+competition+rules.pdf> (дата звернення 21.12.2015). – Назва з екрану.
156. Коростелева С. В. Личные неимущественные права авторов и особенности их реализации в Интернете // Автореф. дисс. к.ю.н., Москва, 2006.
157. Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, Official Journal L 167, 22/06/2001 P. 0010 – 0019 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/=HTML> (дата звернення 12.10.2015). – Назва з екрану.

158. Микрюков В. А. Ограничения и обременения гражданских прав. – М., 2007. – С. 204 – 243.

159. Свиридов Н. Л. Границы и ограничения по закону исключительного интеллектуального права (права интеллектуальной собственности) // Дисс. к.ю.н. – М., 2008.

160. Samuelson P. Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities //Law & Contemp. Probs.

161. The Digital Millennium Copyright Act of 1998, USA [Электронный ресурс]. – Режим доступа: www.copyright.gov/legislation/hr2281.pdf (дата звернення 03.03.2014). – Назва з екрану.

162. Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавство України / Ю. М. Капіца, С. К. Ступак, В. П. Воробйов [та ін.] ; за ред. Ю.М. Капіци. – К.: Вид. Дім «Слово», 2006.

163. The Government Response to the Hargreaves Review of Intellectual Property and Growth, August 2011.

164. The Copyright Modernization Act (Bill C – 11), June 29, 2012 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Language=E&Mode=1&DocId=5144516> (дата звернення 03.11.2015). – Назва з екрану.

165. Australia's Digital Economy: Future Directions, Commonwealth of Australia, 2009 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: www.dbcde.gov.au/digital_economy/final_report, р. 20-21 (дата звернення 03.01.2015). – Назва з екрану.

166. Klod Kolombe. Propriete litteraire et artistique, 1993.

167. Poillet. Traite de la propriete litteraire et artistique // Литературная и художественная собственность. Авторское право Франции. М., 1993.

168. Асфандиаров Б. М., Казанцев В. И. Право интеллектуальной собственности. - М: Издательство «Экзамен», 2003.

169. Верба І. І. Основи інтелектуальної власності: навчальний посібник/ І.І.Верба, В.О.Коваль; за ред. С.В. Чікін. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К.: НТУУ «КПІ», 2013.

170. Валле В. Охорона інтелектуальної власності у часі й просторі. Еволюція права. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.viravallee.com> (дата звернення 30.12.2015). – Назва з екрану.

171. Всесвітня конвенція про авторське право 1952 року, прийнята Організацією об'єднаних націй з питань освіти, науки та культури (ЮНЕСКО) від 06.09.1952 [Текст] [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_052 (дата звернення 20.12.2015). – Назва з екрану.

172. Городов О. А. Интеллектуальная собственность: правовые аспекты коммерческого использования. Дис. докт. юрид. наук. Спб., 1999.

173. Андреев Ю. Н. Ограничения в гражданском праве России. СПб, 2011.

174. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. – М, 2001.

175. Гришаев С. П. Интеллектуальная собственность: учебное пособие. – М.: Юристъ, 2004.

176. Грищенко А. Застава майнових авторських та суміжних прав (порівняльно-правова характеристика за іноземним законодавством) / Грищенко А. // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2010. – № 1. – С. 25-33.

177. Дахно И. Право интеллектуальной собственности: Науч. пособие. – Киев, 2002. – 200 с.

178. Дозорцев В. А. Авторский договор и его типы // Социалистическая законность. – 1984. – № 5. С.22-25.

179. Дозорцев В. А. Исключительные права и их развитие. Вступительная статья // Права на результаты интеллектуальной деятельности. Авторское право. Патентное право. Другие исключительные права. Сборник нормативных актов. М., 1994

180. Дроб'язко В. С, Дроб'язко Р. В. Право інтелектуальної власності: Навч. посібник. – К.: Юрінком Інтер, 2004.
181. Евдокимова В.Н. Правовая квалификация договоров о передаче технологий: проблемы и решения // Патенты и лицензии. – 2004. – №8.–С.32-44.
182. Ієвіня О. В. Договори на використання фонограм / О. В. Ієвіня // Актуальні проблеми держави і права. – 2004. – № 23. – С. 221-228.
183. Завальна Ж. В. Видавничий договір як вид авторського договору : автореф. дис. на здобут. наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Ж. В. Завальна ; НАН України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2002.
184. Канторович А. Л. Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографическое произведения. Систематический комментарий к закону 20 марта 1911 г. 2-е изд. Петроград, 1916.
185. Клык Н. Л. Охрана интересов сторон по авторскому договору. – Красноярск, 1987.
186. Корчагин А., Бейнфест Б., Подшибихин Л. Патентное право и его связь с авторским правом // Интеллектуальная собственность: Авторское право и смежные права. – 2000. – № 2.
187. Крашенинников Б. Допустимость уступки требования // Хозяйство и право. – 2000. – № 8.
188. Крушина О. Г. Передача и переход авторских прав в залоговых правоотношениях // Правовая охрана интеллектуальной собственности в современных технологиях. 4-я Всероссийская научно -практическая конференция: Тезиса докладов. – М.: МИЭТ, 2007. – С. 30-35
189. Кубах А. І. Право інтелектуальної власності: Навч. посібник – Харків: ХНАМГ, 2008.
190. Тверезенко О. Класифікація договорів у сфері інтелектуальної власності / О. Тверезенко // Право України. – 2011. – №3.

191. Майданик Л. Деякі аспекти оборотоздатності особистих немайнових благ фізичних осіб за цивільним законодавством України / Л. Майданик // Юридичний журнал. – 2014. – №3.

192. Передача прав и использование интеллектуальной собственности / автор аналитического обзора Л. Г. Кравец. – М.: ИНИЦ Роспатента, 2000.

193. Право інтелектуальної власності України: конспект лекцій / Авт.: В.М. Крижна, Н.Є. Яркіна.; За ред. В.І. Борисової. – Х.: Нац.юрид.акад.України, 2008.

194. Дмитришин В. С. Набуття та передання авторських прав на комп'ютерні програми : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / В.С. Дмитришин ; НАН України, Ін-т держави і права ім В. М. Корецького. – К., 2008.

195. Право інтелектуальної власності:Акад. курс: підруч. для студ. вищих навч. Заклад. / О.П. Орлюк, Г.О. Андрощук, О.Б. Бутнік-Сіверський та ін.; За ред. О.П. Орлюк, О.Д. Святоцького. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2007.

196. Кохановська О. В. Актуальні теоретичні проблеми співвідношення інформаційних прав і прав інтелектуальної власності / О. В. Кохановська // Підприємництво, господарство і право. – 2004. – № 8. – С. 100-115.

197. Домбругова А. Авторський договір як підстава для використання творів / А. Домбругова // Юридичний вісник України. – 2005. – №22. – С.11-16.

198. Венедіктова І. В. Методологічні засади охоронюваних законом інтересів у приватному праві : монографія / І. В. Венедіктова. – Х.: Нове Слово, 2011.

199. Сліпченко С. С. Механізм правового регулювання особистих немайнових відносин з оборотоздатними об'єктами: автореф. дис. ... д-ра. юрид. наук. – Харків: Національний юридичний ун-т ім. Я. Мудрого, 2014. – 44 с.

200. Степанова О. О. Договори про використання ідеальних результатів інтелектуальної діяльності [Електронний ресурс]: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – М .: РДБ, 2003. – Режим доступу: diss.rsl.ru/diss/03/030340001.pdf (дата звернення 35.04.2014). – Назва з екрану.

201. ЦК України: Науково-практичний коментар / За ред. розробників ЦК України. – К.: Істина, 2004.
202. Бервено С. М. Проблеми договірної права України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03 / С. М. Бервено ; НДІ приватного права і підприємництва АПрН України. – К., 2006.
203. Базилевич В. Д. Інтелектуальна власність: креативи метафізичного пошуку / В. Д. Базилевич, В. В. Ільїн. – К.: Знання, 2008.
204. Боднар Т. В. Виконання договірних зобов'язань цивільному праві : монографія / Т. В. Боднар. – К.: Юрінком Інтер, 2005.
205. Шершеневич Г. Ф. Авторское право на литературные произведения. Казань, 1891. С. 70-71
206. Цивільне право України - Харитонов Є. О. - 5. Здійснення права інтелектуальної власності. [електронний ресурс], режим доступу: <http://westudents.com.ua/glavy/72792-5-zdysnennya-prava-ntelektualno-vlasnost.html> (дата звернення 11.11.2015). – Назва з екрану.
207. Шимон С. І. Теорія майнових прав як об'єктів цивільних правовідносин : монографія / С. І. Шимон. – К.: Юрінком Інтер, 2014 р.
208. Астахова М. А. Оборот прав на результати інтелектуальної діяльності: дис. канд. юрид. наук: 12.00.03 / Астахова Марина Анатольевна. – Тюмень, 2007.
209. Томаров И. Е. К вопросу о природы системе объектов гражданских правоотношений и объектов интеллектуального правоотношения // Альманах цивилистики: сб. ст. Вып. 2 / И. Е. Томаров; под ред. Р. А. Майданика. – Киев: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009.
210. Якубінський І. Є. Майнові права інтелектуальної власності як об'єкти цивільного обороту // Право та інновації. – 2014. – № 4 (8).
211. Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про виконання і фонограми, прийнятий Дипломатичною конференцією 20 грудня

1996 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу:

http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_769 (дата звернення 14.11.2015). – Назва з екрану.

212. Постанови Пленуму Вищого господарського суду України від 17.10.2012 року № 12 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0012600-12> (дата звернення 14.11.2015). – Назва з екрану.

213. Jie Chen, Zeming Yuan «Research on the Evaluation Pattern of Intellectual Property Pledge Financing» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.google.com.ua/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0C=AFQjCNEGaAaYC67d4ZPXQ&sig2=BFZ8Y2GCUsFfIVvb9iAH3Q&bvm=bv.93990622,d.bGQ> (дата звернення 14.11.2015). – Назва з екрану.

214. Ants Kukrus, Viktoria Antonova. «Valuation of intellectual property as pledge object: theoretical aspects» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.researchgate.net/publication/237762018_VALUATION_OF_INTELLECTUAL_PROPERTY_AS_PLEDGE_OBJECT_THEORETICAL_ASPECTS (дата звернення 14.11.2015). – Назва з екрану.

215. François Painchaud and Jason Moscovic. Intellectual property and secured transactions: going the wrong way in the right direction? [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.google.com.ua/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s2_i4jFL1A&bvm=bv.93990622,d.bGQ (дата звернення 14.11.2015). – Назва з екрану.

216. Law on pledge of movable assets registered in the pledge registry. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.apr.gov.rs/Portals/3/Zakoni/%20Pledge%20Registry.pdf> (дата звернення 14.11.2015). – Назва з екрану.

217. Vergleichsanalyse - Kreditsicherheiten für Immobilienfinanzierungen in

СЕЕ. Сайти C/M/S/ Law. Tax [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.cms-s.com/Presentation/PublicationAttachment/Vergleichsanalyse12.pdf> (дата звернення 14.11.2015). – Назва з екрану.

218. Verträge über Schutzrechte des geistigen Eigentums (Übertragung und Lizenzen) und dritte Parteien [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.google.com.ua/url?sa=t&rct=j&q=&esrc==mz7HbUCh5ksXTZpYuCAO4A> (дата звернення 23.03.2015). – Назва з екрану.

219. Право інтелектуальної власності: Конспект лекцій / За заг. ред. В.І. Борисової. – Х.: Нац. Юрид. Акад. України, 2008. – 112 с.

219. Борисова В. І. Правова доктрина України. Доктрина приватного права України, 3 т. – Харків: «Право», 2013. – С. 97-256.

220. Борисова В. І. Тенденции развития гражданского права как отрасли частного права // Ежегодник украинского права: сб. науч. тр. /отв. за вып. А.В. Петришин. – Харьков: Право, 2014. – № 6. – С.354-370.

221. Борисова В. І. Установа як особлива організаційно-правова форма непідприємницьких юридичних осіб // Право України. – 2015. – №4. – С.51–59.

222. Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних: Закон України від 23.03.2000 №1587-III // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – №24 (16.06.2000), ст. 183.

223. Про схвалення Концепції Державної цільової науково-технічної програми використання в органах державної влади програмного забезпечення з відкритим кодом: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 23.12.2009 № 1588-р // Урядовий кур'єр. – 2010 (06.01.2010). – № 2.

224. Про затвердження Державної цільової науково-технічної програми використання в органах державної влади програмного забезпечення з відкритим кодом на 2012 – 2015 роки: постанова Кабінету Міністрів України від 30 листопада 2011 р. №1269 // Урядовий кур'єр. – 2011 (28.12.2011). – №243.

225. Харьковская цивилистическая школа: объекты гражданских прав : монография / И. В. Спасибо-Фатеева, В. И. Крат, О. П. Печеный и др. ; под общ. Ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. – Харьков : Право, 2015. – 720 с.

Додатки

Додаток А. Пропозиції з удосконалення законодавства

1. Викласти ч. 1 ст. 1107 Цивільного кодексу України у такій редакції:

«1. Правоволоділець може розпорядитися своїм майновим правом на результат інтелектуальної, творчої діяльності, а також прирівняний до них результат будь-яким способом, що не суперечить закону і суті такого майнового права, у тому числі, але не виключно шляхом його відчуження за договором (договір про відчуження виключного права) або надання іншій особі права використання відповідних результату інтелектуальної, творчої діяльності у встановлених договором межах (ліцензійний договір). Розпорядження майновими правами інтелектуальної власності здійснюється на підставі таких договорів:...»

2. Пропонується включити до ЦК України статтю 1108¹ такого змісту: «Правоволоділець може зробити публічну заяву шляхом повідомлення необмеженому колу осіб про надання будь-яким особам можливості безоплатно використовувати результати інтелектуальної, творчої діяльності, що належать йому на певних умовах, протягом вказаного ним терміну. Протягом вказаного терміну будь-яка особа може використовувати цей результат на вказаних умовах. У разі відсутності у заяві правоволоділця вказівки на термін вважається, що цей термін становить п'ять років. Протягом терміну дії заяви вона не може бути відізнана, а передбачені у ній умови не можуть бути змінені».

3. Доповнити ст. 439 ЦК України частиною 3, у якій закріпити таке положення: «Автор може дати згоду на внесення в майбутньому змін, скорочень і доповнень у свій твір, а також на супровід його при використанні ілюстраціями і поясненнями, якщо це викликано необхідністю (виправлення

помилки, уточнення чи доповнення фактичних відомостей тощо), за умови, що цим не спотворюється задум автора і не порушується цілісність твору».

4. Доповнити ст. 1108 ЦК України частиною 5: «5. Ліцензіат не має права надати право використання результату інтелектуальної, творчої діяльності або прирівняних до них об'єктів іншій особі за вільною або відкритою ліцензією».

5. Доповнити ст. 1109 ЦК України частиною 10 з таким змістом: «10. Не допускається безоплатне надання права використання результату інтелектуальної, творчої діяльності у відносинах між підприємницькими юридичними особами на території всього світу і на весь термін дії виняткового права на умовах виключної ліцензії, якщо цим Кодексом не встановлено інше».